Das
Delikt der §§ 352, 353 StGB.
(crimen superexactionis).

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
der Juristenfakultät der Universität zu Rostock in Mecklenburg

eingereicht von

Hans Jena
Referendar in Altona.

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1911.

Referent: Professor Dr. Wachenfeld

Meinen Eltern.

Inhaltsverzeichnis.

Literaturverzeichnis.

Allgem. Bürgerliches Strafgesetzbuch für das Königreich Dänemark v. 10. 2. 1866. In der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (im folgenden: Zeitschr.) Bd. 21. Berlin 1910.

Berner, Die Strafgesetzgebung in Deutschland vom Jahre 1751 bis zur Gegenwart. Leipzig 1867.

Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 18. Aufl. Leipzig 1898.

Binding, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Besonderer Teil. Bd. 2. Abt. 2. Leipzig 1905.

Binding, Das Amtsverbrechen und seine legislatorische Behandlung. Im Gerichtssaal Bd. 64 S. 1ff.

Code pénal des Français.

Corpus iuris civilis. Göttingen 1776.

Das Criminalgesetzbuch für das Herzogtum Braunschweig. Braunschweig 1840.

Dalcke, Strafrecht und Strafprozeß. 11. Aufl. Berlin 1908.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen. Bd. 3, 4, 11, 14, 16, 17, 18, 19, 22, 23, 24, 26, 30, 40, 41. (zit.: E.)

Entwurf eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund nebst Motiven und Anlagen. In den Stenographischen Berichten über die Verhandlungen des Reichstages des Norddeutschen Bundes 1. L.-P. Bd. 3. Berlin 1870.

Entwurf eines allgem. Bürgerlichen Strafgesetzbuches für das Königreich Norwegen. Berlin 1898.

Erläuternde Bemerkungen zum Vorentwurf eines österreichischen Strafgesetzbuches vom September 1909. Wien 1910.

Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, mit Anmerkungen herausgegeben von Mittermaier. Bd. 2. Gießen 1847.

Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 5.—7. Aufl. Tübingen 1908.

Friedmann, Österreich 1890—1893. Entwürfe eines allgem. Strafgesetzes und eines Strafvollzugsgesetzes. In der Zeitschr. Bd. 14. Berlin 1895.

Gebührenordnung für Rechtsanwälte in der Fassung der Bekanntmachung v. 20. 5. 1898 und der Novelle v. 1. 6. 1909.

Geyer, Grundriß zu den Vorlesungen über gemeines deutsches Strafrecht. 2. Hälfte. Besonderer Teil. München 1885.

Goltdamer, Die Materialien zum Strafgesetzbuche für die preußischen Staaten. Teil 2. Berlin 1852.

Günther, Die neuen Kriminalgesetze für das Königreich Sachsen. Leipzig 1838.

Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht. Bd. 2. Abt. 2. Bonn 1887.
Heffter, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. 6. Aufl. Braunschweig 1857.
Henle-Schierlinger, Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 2. Aufl. München 1903.
Hönninghaus, Das neue Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund mit den vollständigen amtlichen Motiven. 2. Aufl. Berlin 1870.
Hufnagel, Das Strafgesetzbuch für das Königreich Württemberg. Abt. 1. Stuttgart 1839.
Das italienische Strafgesetzbuch v. 30. 6. 1889. In der Zeitschr. Bd. 10. Berlin 1890.
Kitzinger, Die rechtswidrige Erhebung von Gebühren und Abgaben und die rechtswidrige Verkürzung bei amtlichen Auszahlungen. In der Vergl. Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts Besonderer Teil Bd. 9 S. 479—487. Berlin 1906.
Koch, Hals- oder Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. 7. Ausg. Marburg 1820.
v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 16./17. Aufl. Berlin 1908.
Mannkopf, Allgem. Landrecht für die preußischen Staaten. Bd. 7, enthaltend Teil 2 Titel 1—20. Berlin 1838.
Merkel, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Stuttgart 1889.
Meves, Die Amtsverbrechen. In Holtzendorffs Handbuch des deutschen Strafrechts Bd. 3. Berlin 1874.
Meyer, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 4. Aufl. Erlangen 1888.
Meyer, Dasselbe, herausgegeben von Allfeld. 6. Aufl. Leipzig 1907.
Müller, Das Strafgesetzbuch für die preußischen Staaten v. 14. 4. 1851 mit Beifügung der nach den neuesten Strafgesetzbüchern geltenden Strafbestimmungen. Halle 1852.
Das niederländische Strafgesetzbuch v. 3. 5. 1881. In der Zeitschr. Bd. 1. Berlin 1881.
Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Bd. 2. 8. Aufl. Berlin 1910.
Oppenhoff, Das Strafgesetzbuch für die preußischen Staaten. 5. Ausg. Berlin 1867.
Oppenhoff, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, herausgegeben von Delius. 14. Aufl. Berlin 1901.
Das portugiesische Strafgesetzbuch. Berlin 1903.
Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen. Bd. 2, 3, 6, 8, 9, 10. (zit.: R.)
Rubo, Kommentar über das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin 1879.
Rüdorff, Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, herausgegeben von Stenglein. 4. Aufl. Berlin 1892.
Schlüter, Allgem. Criminalgesetzbuch für das Königreich Hannover. Lüneburg 1842.
Schütze, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 2. Aufl. Leipzig 1874.
Schwarze, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 2. Aufl. Leipzig 1872.
Stenglein, Lexikon des deutschen Strafrechts. Bd. 1. Berlin 1900.
Das spanische Strafgesetzbuch v. 17. 6. 1870. In der Zeitschr. Bd. 29. Berlin 1909.
Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern. München 1838.
Strafgesetzbuch für die Herzoglich Oldenburgischen Lande von 1814. Oldenburg 1837.

Strafgesetzbuch nebst der revidierten Strafprozeßordnung und Gebührentaxe für Verhandlung in Strafsachen für das Großherzogtum Sachsen-Weimar-Eisenach und die Fürstentümer Schwarzburg-Rudolstadt, Schwarzburg-Sondershausen. Jena 1862.

Strafgesetzbuch für das Großherzogtum Hessen. Darmstadt 1853.

Strafgesetzbuch für das Kaiserlich Japanische Reich v. 23. 4. 1907. In der Zeitschr. Bd. 28. Berlin 1908.

Temme, Lehrbuch des preußischen Strafrechts. Berlin 1853.

Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuche nebst Begründung. a) Allgemeiner, b) Besonderer Teil. Berlin 1909.

Vorentwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuche. a) Berlin 1896; b) Bern 1903; c) in der Zeitschr. Bd. 30. Berlin 1910.

Vorentwurf zu einem österreichischen Strafgesetzbuch vom September 1909. In der Zeitschr. Bd. 30. Berlin 1910.

Wachenfeld, Strafrecht. In Holtzendorff-Kohlers Enzyklopädie der Rechtswissenschaft Bd. 2 6. Aufl. S. 239 ff. Leipzig und Berlin 1904.

Wachinger, Verbrechen und Vergehen im Amt. In der Vergl. Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts Besonderer Teil Bd. 9 S. 193—307. Berlin 1906.

I.

§ 1.

Aus dem allgemeinen Delikt des Mißbrauches der Amtsgewalt heben fast sämtliche frühere Rechte als Sonderdelikt die unrechtmäßige Gebührenübererhebung hervor. Während das römische Recht seiner ganzen Anlage entsprechend auch hier nur einzelne Fälle regelt, finden wir eine eingehende Behandlung unseres Deliktes zuerst im preuß. allgem. Landrecht von 1794. In den einzelnen Partikularstrafgesetzbüchern findet es dann eine mehr oder weniger eingehende Fortbildung, bis es endlich im preuß. Strafgesetzbuch von 1851 seine für das heutige Recht grundlegende Gestaltung erfahren hat.

Es soll im folgenden zunächst eine kurze Übersicht dieser historischen Entwicklung gegeben werden. Sie beginnt im justinianischen Recht. Dieses hob aus dem allgemeinen Bedrückungsdelikt der Concussio die betrügliche Erhebung ungesetzlicher oder übermäßiger öffentlicher Abgaben und weiter die Überschreitung sonst erlaubter Sporteln bereits scharf hervor. Den ersteren Fall, das sogen. „übermäßige Sportulieren" (crimen superexactionis), finden wir behandelt in l. un. C. 10, 20 und l. 2, 3 C. de lucris advocatorum et concussionibus officiorum seu apparitorum, während sich Nov. 82 cap. 7 pr. und eingehender Nov. 124 cap. 3 (de illicitis sportulis prohibendis) gegen die gesetzwidrige Überschreitung an sich erlaubter Sporteln wenden. Und endlich enthält Dig. XXXIV de publicanis et vectigalibus et commissis eine Strafdrohung gegen die unerlaubten amtlichen oder privaten Einziehungen öffentlicher Abgaben seitens der Staats- und Steuerpächter. Die angedrohten Strafen bestehen in Geldstrafen in verschiedener Höhe, und zwar sind diese teilweise an den Geschädigten, teilweise an den Staat zu zahlen.

Auf diese römischen Stellen griff die gemeinrechtliche Wissenschaft und Rechtsprechung zurück, und sie mußte auf sie zurückgreifen,[1] da die Rechtsquellen der damaligen Zeit selbst die Amtsdelikte nur wenig erwähnten und insbesondere das Delikt des übermäßigen Sportulierens überhaupt nicht berücksichtigten. So gedenkt die Carolina nur an drei Stellen der Amtsdelikte, die sich jedoch auf andersartige Fälle beziehen.

Es galten in Deutschland bis gegen Ende des 18. Jahrhunderts die römischen Strafdrohungen, trotzdem die Stellung der Beamten, vor allem die der Finanzbeamten, hier ja eine ganz andere war als in Rom. Nur hinsichtlich der Bestrafung trug die gemeinrechtliche Praxis den veränderten Verhältnissen Rechnung, indem sie unter Außerachtlassung der strengen römischen Strafen je nach der Lage des Falles willkürlich auf Strafe erkannte.

Diesem auf die Dauer unhaltbaren Zustande der Anwendung der römischen Rechtssätze auf unsere deutschen Verhältnisse machten erst die in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts überall erlassenen Partikularrechte ein Ende, indem sie eingehende Strafdrohungen für die einzelnen Amtsdelikte erließen.

Der Vorrang gebührt dem preuß. allgem. Landrecht von 1794. In Preußen war in Friedrich dem Großen ein Herrscher auf den Thron gelangt, der sich selbst nur als „erster Diener seines Staates" fühlte und in einem straffen, unbeeinflußbaren Beamtentum die kräftigste Stütze seiner Monarchie erblickte. Und ein solches Beamtentum bildete er sich heran; das Staatsamt enthielt nach seiner Auffassung die besondere Verpflichtung der Treue und des Gehorsams des Staatsdieners gegenüber dem Staat, seinem Dienstherrn in sich, und eine Verletzung dieser „besonderen Pflicht" erschien auch besonders strafwürdig. Dieser Auffassung, die auch nach Friedrichs Tode in Preußen weiterlebte, entspricht die eingehende Regelung der Amtsverbrechen im allgem. Landrecht.[2] Als Grundgedanke tritt uns überall nicht der der Bestrafung des schuldigen Beamten entgegen, sondern der, daß der Staat von

[1] Mittermaier in Feuerbachs Lehrb. S. 715 N. 2, 3; Temme, Preuß. Strafrecht § 270; Meves in H. H. Bd. 3 S. 918.

[2] Teil II Titel 20 Abschn. 8: „Über die Verbrechen der Diener des Staates" §§ 323—508).

dem unfähigen und unwürdigen Staatsdiener befreit werden müsse; in zweiter Linie legt das Gesetz Wert auf die Haftbarmachung des pflichtwidrig handelnden Beamten.[1] Daher laufen kriminelle (Kassation, Degradation), disziplinare (Warnung, Verweis) und zivilrechtliche Folgen nebeneinander her.

Auch das hier interessierende Delikt des unbefugten übermäßigen Sportulierens ist außerordentlich eingehend behandelt.

Zunächst finden wir in den §§ 373—376 eine Strafdrohung gegen die Sportelexzesse der Justizbeamten, die „durch Überschreitung der vorgeschriebenen Taxen oder sonst durch geflissentliche Anhäufung unnötiger Kosten die Parteien bedrücken“ (§ 373). Das Gesetz setzt als Normalfall, daß der Beamte diese Sporteln zu eigenem Vorteil erhebt. Die Strafdrohung ist schärfer, wenn der Täter sich des Vergehens aus Eigennutz oder Gewinnsucht „in mehr als einem Falle“ schuldig gemacht hat; andererseits ermäßigt das Gesetz die Strafe wesentlich, falls der betreffende Beamte die Gebühren nicht für eigene, sondern für fremde Rechnung erhoben hat, läßt dann aber die volle Strafe der §§ 373, 374 den treffen, welcher die Gebühren zu hoch angesetzt hat.

Dann wenden sich §§ 410—417 gegen die Pflichtwidrigkeiten der Finanzbeamten. Hier behandelt das Gesetz zunächst (§§ 410 bis 412) die Verkürzung des Staates durch Beamte, die „zur Ausmittelung oder Einziehung öffentlicher Abgaben und Gefälle“ bestimmt sind; das Delikt ist qualifiziert bei Handeln in eigennütziger Absicht (§ 411). Von diesem Tatbestande unterschieden ist der der Bedrückung des Publikums. § 413 bestraft nämlich die Beamten, welche „bei Ausmittelung, Bestimmung oder Einziehung der Abgaben das Publikum vorsätzlich drücken“, mit Geldersatz an den Geschädigten. Offenbar ist hier als Normalfall vorausgesetzt, daß der Beamte nur übereifrig gewesen ist, also zum Vorteil der Kasse gehandelt hat, denn nach § 414 tritt die Strafe der Unterschlagung[2] ein, wenn der Täter „das zu viel Erhobene noch dazu unterschlagen und zur Kasse nicht abgeliefert hat“. Andererseits ist nur der einfache Schaden zu ersetzen, wenn

[1] Binding, Lehrb. Bd. 2 S. 396.

[2] §§ 418 ff.

die Verkürzung der Untertanen oder des Staates nur durch Versehen, Irrtum, Nachlässigkeit oder Rechnungsfehler entstanden ist (§ 415). Neben diesen kriminellen laufen disziplinare Strafvorschriften. Der schuldige „Offiziant" soll durch ernstlichen Verweis, unter Umständen durch verhältnismäßige Geldstrafen zur besseren Aufmerksamkeit angehalten werden (§ 416); hat er aber nach schon erhaltener Warnung das Delikt grobfahrlässig wiederholt begangen, so soll er als unfähig seines Amtes entsetzt werden (§ 417).

Und endlich enthalten die §§ 427—429 Strafdrohungen gegen diejenigen Kassenbeamten, welche aus der Kasse zu entrichtende Zahlungen nicht leisten und sie gleichwohl zum Nachteil der Kasse als gezahlt in Rechnung stellen oder welche Leistungsempfängern unbefugt Abzüge machen, die Leistung aber gleichwohl als voll geleistet in Ausgabe stellen. Auch hier ist als Normalfall vorausgesetzt, daß die Kasse nicht geschädigt ist; ist diese jedoch ersatzpflichtig, so tritt wieder die schärfere Strafe der Unterschlagung ein.

Spezialdelikte ähnlichen Charakters finden wir auch in den meisten anderen deutschen Partikularrechten, wenn auch nicht in der eingehenden und genau umgrenzten Regelung des allgem. Landrechts. So kennt das bayerische Strafgesetzbuch von 1813 in Art. 357 den allgemeinen Fall der Bedrückung von Untertanen seitens eines Beamten infolge Mißbrauchs der ihm anvertrauten Dienstgewalt, stellt aber außerdem selbständig den Fall unter Strafe, daß ein Beamter in Bestimmung oder Erhebung öffentlicher Abgaben oder Gefälle vorsätzlich den Staat verkürzt oder in bezug auf seine Kassenverwaltung benachteiligt (Art. 361). Die Strafe ist schwerer, wenn der Beamte diese Untreue um erhofften oder erhaltenen Gewinn oder sonstigen Vorteil begangen hat.

Ganz die gleichen Strafbestimmungen enthält das oldenburgische Strafgesetzbuch von 1814 in seinen die bayerischen Artikel wörtlich wiedergebenden Art. 362 u. 366. Das sächsische Kriminalgesetzbuch vom Jahre 1838, dem auch Altenburg folgt,[1]

[1] Müller, Preuß. StGB. S. 640.

ließ das Delikt in dem allgemeinen des Amtsmißbrauches aufgehen. Art. 320 bedroht mit Strafe Staatsdiener und öffentliche Beamte, die jemand zu einer Handlung oder Unterlassung, wozu dieser rechtlich nicht verbunden ist, unter dem erdichteten Vorwand eines amtlichen Befugnisses nötigen oder sonst auf irgendeine Weise ihr Amt zur Bedrückung einer Person mißbrauchen. Die Strafdrohung ist schärfer, wenn der Beamte zwecks Erlangung eines eigenen Vorteils gehandelt hat. Während Art. 320 schlechthin von Beamten spricht, sollen nach Art. 321 die gleichen Strafen eintreten bei Amtspflichtverletzungen von Geistlichen, Advokaten, Notaren, Ärzten, Hebammen, Vormündern und anderen öffentlich bestellten Personen.

Das württembergische Strafgesetzbuch vom Jahre 1839 stellt in Art. 413 ebenfalls ganz allgemein den Mißbrauch der Amtsgewalt zur Bedrückung anderer unter Strafe, und zwar wenn der Täter aus Eigennutz, Haß oder Parteilichkeit handelt. Als Spezialdelikt kennt das Gesetz nur ein solches für Finanzbeamte (Art. 415), bei dem es von eigennützigem Handeln des Täters absieht; weiter ist in Art. 420 — ähnlich dem § 410 ALR. — der Verkürzung des Staates, einer Gemeinde, Stiftung oder sonstigen öffentlichen Anstalt bei Festsetzung, Erhebung oder Verwaltung öffentlicher Abgaben und Gefälle gedacht.

Unter den gleichen Voraussetzungen wie Württemberg stellt das braunschweigische Strafgesetzbuch von 1840 in § 258 den Amtsmißbrauch allgemein unter Strafe. Daneben ist noch besonders aufgeführt die „Erpressung im Amt" (§ 259). Eine solche liegt nach dem Gesetz vor, wenn ein Beamter, um für sich oder einen anderen einen rechtswidrigen Vorteil zu erpressen, seine Amtsgewalt zur Erhebung unerlaubter Abgaben, Gebühren oder Vergütungen für amtliche Mühewaltungen mißbraucht. Die gleiche Strafe event. außerdem noch die des Betruges tritt nach § 264 dann ein, wenn ein Beamter bei der amtlichen Festsetzung, Erhebung oder Verwaltung von öffentlichen Abgaben, Gefällen oder sonstigen Einkünften solche zum Nachteil der Berechtigten verkürzt.

Mit dem braunschweigischen Gesetzbuch identisch ist das Kriminalgesetzbuch von Lippe-Detmold vom Jahre 1843.

Spezieller ist die Fassung des Kriminalgesetzbuches für das Königreich Hannover von 1840. Art. 359 bestraft den Beamten, der einen Privaten aus Eigennutz an Steuern, Sporteln, Taxen, Stempelgebühren oder sonstigen Leistungen etwas abfordert, was dieser entweder überhaupt nicht oder doch nicht in der geforderten Höhe zu zahlen oder zu leisten hat. Einem solchen Beamten wird derjenige gleichgestellt, welcher bei von ihm zu bewirkenden Zahlungen dem Empfänger unbefugte Abzüge macht. Eine Eigentümlichkeit des hannoverschen Gesetzbuches ist es, daß die Bestrafung erst nach vorhergehender fruchtlos gebliebener disziplinarer Ahndung eintritt. Endlich wendet sich das Gesetz noch in Art. 362 gegen die Verkürzung des Staates bei Bestimmung und Erhebung öffentlicher Abgaben usw.

Ähnlich ist das Delikt im Strafgesetzbuch für das Großherzogtum Hessen vom Jahre 1841 behandelt. Art. 466 bedroht den Staats- oder öffentlichen Diener mit Strafe, der aus Eigennutz einem Privaten an Steuern, Abgaben, Taxen, Stempeln, Sporteln oder anderen Leistungen „abnimmt", was dieser gar nicht oder nicht in der geforderten Höhe schuldet; weitergehend bestraft Art. 467 sogar den Beamten, der die Ansetzung oder Erhebung solcher Gebühren seinen Schreibern überläßt, falls diese eine der Bedrückungen des Art. 466 begehen.

Das badische Strafgesetzbuch von 1845 kennt wieder nur das allgemeine Delikt des Amtsmißbrauches, das nach § 659 dann gegeben ist, wenn ein öffentlicher Diener sein Amt oder Dienstverhältnis zu widerrechtlicher Benachteiligung anderer oder des Staates oder zur Bedrückung Untergebener aus Bosheit, Rachsucht, Eigennutz oder Parteilichkeit mißbraucht.

Das thüringische Strafgesetzbuch aus dem Jahre 1850, welches in Sachsen-Weimar, Meiningen, Coburg, Rudolstadt, Sondershausen, Anhalt und Cöthen Gesetzeskraft hatte, enthält außer dem allgemeinen Delikt des Amtsmißbrauches von Staatsdienern, begangen durch Bedrückung einer Person (Art. 316), noch eine besondere Strafdrohung gegen den Beamten, welcher aus Haß, Rachsucht, Parteilichkeit, um für sich oder einen anderen einen rechtswidrigen Vorteil zu erpressen, seine Amtsgewalt zur Erhebung unerlaubter Abgaben, Gebühren oder Vergütungen für

amtliche Bemühungen mißbraucht; diesem Tatbestande ist es gleichgestellt, wenn ein Beamter unter denselben Voraussetzungen bei der amtlichen Festsetzung, Erhebung oder Verwaltung öffentlicher Abgaben, Gefälle oder sonstiger Einkünfte diese zum Nachteil der Berechtigten verkürzt.

Unter dem Einfluß dieser Strafgesetzbücher, insbesondere des hannoverschen, aber doch unmittelbar auf dem allgem. Landrecht fußend, regelt das preußische Strafgesetzbuch vom Jahre 1851 unser Delikt. In seinen §§ 326 u. 327 sind die sämtlichen Tatbestände des allgem. Landrechts zusammengefaßt; einige Strafdrohungen, wie die gegen die Finanzbeamten bei Verkürzung des Staates, sind fortgefallen.

Der Tatbestand des § 326 ist erfüllt, wenn „ein Beamter, welcher Gebühren oder andere Vergütungen für amtliche Verrichtungen zu seinem Vorteile zu erheben hat, Gebühren oder Vergütungen erhebt, von denen er weiß, daß der Zahlende sie gar nicht oder nur in geringerem Betrage verschuldet“, der des § 327, „wenn ein Beamter, welcher Steuern, Gebühren oder andere Abgaben für eine öffentliche Kasse zu erheben hat, Abgaben, von denen er weiß, daß der Zahlende sie gar nicht oder nur in geringerem Betrage verschuldet, erhebt und das rechtswidrig Erhobene ganz oder zum Teil nicht zur Kasse bringt“. Einem solchen Täter ist gleichgestellt der Beamte, „welcher bei amtlichen Ausgaben an Geld oder Naturalien dem Empfänger vorsätzlich und rechtswidrig Abzüge macht und die Abgaben als vollständig geleistet in Rechnung stellt“.

§ 326 enthält nach Goltdamer[1] die §§ 373—76, 413 ALR. Weggefallen sind die geflissentliche Anhäufung unnötiger Kosten und die Erhebung zum Vorteil der Kasse. Diese beiden Tatbestände sind, nach Goltdamer als der kriminellen Strafe nicht mehr bedürftig, der disziplinaren Ahndung überlassen. § 327 gibt in Abs. 1 die §§ 413—415, in Abs. 2 §§ 427, 428 ALR. wieder. Nach den Motiven[2] hat man Gewicht darauf gelegt, daß im Falle des § 327 die Pflichtwidrigkeit „unter der Firma der Kasse ver-

---

[1] Mat. § 326 Anm. 1.

[2] Mot. von 1833 S. 430.

übt werde"[1] im Gegensatz zum § 326, wo der Beamte nur unter Mißbrauch seines Titels zu seinem Vorteil erhebe. Das preußische Strafgesetzbuch hat als einschneidendste Änderung den Normaltatbestand des allgem. Landrechts fallen lassen und dadurch, daß es dessen qualifizierten Tatbestand zum Normaltatbestand erhob, die feine und zweckentsprechende Unterscheidung des allgem. Landrechts verwischt. Die in § 414 ALR. angedrohte Strafe der Unterschlagung ist beseitigt mit der Begründung, der Staat werde durch die Handlung des Beamten nicht verkürzt.[2]

Während die früheren Partikularrechte schlechthin eine Beamtenqualität des Täters fordern, erläutert hier § 331 diesen Begriff näher. Danach versteht das Gesetz unter einem „Beamten" alle öffentlichen, im unmittelbaren oder mittelbaren Staatsdienst stehende Beamte, unerheblich ob sie auf Lebenszeit, zeitweise oder nur vorläufig angestellt sind, ob sie einen Diensteid geleistet haben oder nicht. Durch besondere Verordnung ist für den § 326 der Kreis der als Täter in Betracht kommenden Personen später noch erweitert auf Makler[3] und Rechtsanwälte.[4]

Wie überhaupt das preußische Strafgesetzbuch die Grundlage für das deutsche Reichsstrafgesetzbuch bildet, so wurden auch diese Tatbestände fast wörtlich zunächst in den Entwurf eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund aufgenommen, und zwar entsprechen dessen §§ 348, 349 den preußischen §§ 326, 327 wörtlich. Nur insofern weicht der Entwurf von den preußischen Strafdrohungen ab, als § 348 neben den Beamten noch der „Advokaten, Anwälte und sonstigen Rechtsbeistände" als Täter gedenkt. Damit sollte aber nach den Motiven[5] nicht eine materielle Änderung der Vorschriften des preußischen Strafgesetzbuches beabsichtigt sein, vielmehr seien die Worte nur aufgenommen mit Rücksicht auf die vom Entwurf in § 355 aufgestellte Definition des Begriffs

---

[1] Mot. von 1883 S. 430.

[2] Goltdamer, Mat. § 327 Anm. 1.

[3] Goltdamer, Mat. § 326 Anm. 4.

[4] Gesetz v. 12. 5. 1851 betr. den Ansatz und die Erhebung von Gebühren der Rechtsanwälte §§ 4, 11.

[5] Stenogr. Ber. des Reichstages S. 85.

„Beamter“. Somit hat der Entwurf einfach die preußischen Strafbestimmungen übernehmen wollen.

Die §§ 348, 349 des Entwurfes aber sind ohne Änderung übergegangen in das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 15. 5. 1871.

§ 2.

Die in Frage kommenden Paragraphen des Strafgesetzbuches lauten:

§ 352.

Ein Beamter, Advokat, Anwalt oder sonstiger Rechtsbeistand, welcher Gebühren oder andere Vergütungen für amtliche Verrichtungen zu seinem Vorteile zu erheben hat, wird, wenn er Gebühren oder Vergütungen erhebt, von denen er weiß, daß der Zahlende sie überhaupt nicht oder nur in geringerem Betrage verschuldet, mit Geldstrafe bis zu 300 Mk. oder mit Gefängnis bis zu einem Jahre bestraft.

Der Versuch ist strafbar.

§ 353.

Ein Beamter, welcher Steuern, Gebühren oder andere Abgaben für eine öffentliche Kasse zu erheben hat, wird, wenn er Abgaben, von denen er weiß, daß der Zahlende sie überhaupt nicht oder nur in geringerem Betrage verschuldet, erhebt und das rechtswidrig Erhobene ganz oder zum Teil nicht zur Kasse bringt, mit Gefängnis nicht unter drei Monaten bestraft. Gleiche Strafe trifft den Beamten, welcher bei amtlichen Ausgaben an Geld oder Naturalien dem Empfänger vorsätzlich und rechtswidrig Abzüge macht und die Ausgaben als vollständig geleistet in Rechnung stellt.

Das Delikt charakterisiert sich als Mißbrauch einer amtlichen Stellung, begangen durch Geltendmachung einer tatsächlich nicht geschuldeten Forderung als einer rechtlich geschuldeten. Das Reichsstrafgesetzbuch unterscheidet nun zwei verschiedene Fälle, je nachdem sich diese Forderung auf Vergütungen bezieht, die dem be-

treffenden Beamten persönlich zugute kommen (§ 352), oder auf Abgaben, die einer öffentlichen Kasse zustehen. Diese Unterscheidung ist jedoch nur rein äußerlich und für das Wesen des Deliktes ohne Bedeutung, so daß es sich rechtfertigt, das Vergehen trotz der Trennung des Gesetzes als ein einheitliches zu behandeln.

Wie in der historischen Einleitung schon im einzelnen ausgeführt ist, finden wir in den früheren Rechten fast stets als Grundgedanken den der Bedrückung der Staatsbürger durch pflichtwidrig handelnde Beamte scharf hervorgehoben.

Hierin liegt auch heute noch das Wesen und die Tendenz der Strafdrohungen der §§ 352, 353, denn das Publikum muß geschützt werden gegen solche Beamte, die in Verkennung ihrer verantwortungsvollen Aufgabe als berufene Vertreter des Staates die ihnen von diesem verliehene, sehr weitgehende Machtbefugnis zur Bedrückung der ihnen unterstellten Staatsglieder mißbrauchen.

Andererseits erschöpft sich in der Bedrückung der Zahlungspflichtigen das Wesen des Delikts; das Moment arglistiger Täuschung wie der auf einen Vermögensvorteil gerichteten Absicht ist begrifflich zum Tatbestande des Gesetzes nicht erforderlich.[1] Hierdurch unterscheidet sich unser Delikt von dem des Betruges. Denn § 263 verlangt, daß der Täter „durch Vorspiegelung falscher oder durch Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen einen Irrtum erregt oder unterhält“. Nun wird zwar rein tatsächlich auch der Beamte, der nicht geschuldete Gebühren als geschuldete erhebt, in vielen Fällen, ja vielleicht sogar in den meisten, gleichzeitig den Geschädigten täuschen, aber aus diesem tatsächlichen Zustande heraus kann man u. E. nicht — wie dies Binding[2] gegen die gemeine Meinung tut — in jedem übermäßigen Sportulieren einen Betrug im Sinne des § 263 erblicken. Denn einerseits lassen sich sehr wohl Fälle denken, in denen der Tatbestand der §§ 352, 353 ohne eine solche betrügliche Täuschung des Geschädigten erfüllt wird, vor allem aber — und hierin liegt der wesentliche Unterschied beider Delikte — verlangen die §§ 352,

---

[1] vgl. Oppenhoff-Delius § 352 N. 1 und RG. I v. 28. 4. 1881 E. Bd. 4 S. 219, III v. 15. 11. 1888 E. Bd. 18 S. 219.

[2] Lehrb. Bd. 2 S. 938/39.

353 lediglich ein Verschweigen des Mangels einer gesetzlichen Grundlage für die unrechtmäßige Forderung ohne die Absicht, sich damit einen Vermögensvorteil verschaffen zu wollen, während § 263 das Unterdrücken bezw. arglistige Verschweigen bestimmter erheblicher Tatsachen zur Verwirklichung der auf einen rechtswidrigen Vermögensvorteil gerichteten Absicht erfordert.

Bindings Ansicht führt dazu, unser Delikt überhaupt als überflüssig erscheinen zu lassen, denn dann würde in den weitaus meisten Fällen der § 263 die §§ 352, 353 absorbieren. Daß diese Folge aber von Gesetz nicht gewollt ist, ergibt sich notwendig aus der schärferen Strafdrohung des § 263. Denn würde das Gesetz die unbefugte Gebührenerhebung begrifflich als Betrug ansehen, so könnte es doch nur einen qualifizierten Betrug annehmen, da hier ein einfacher Betrug ja noch dazu unter dem Mißbrauch einer amtlichen Stellung begangen würde. Und trotzdem eine mildere Strafdrohung? Diese Tatsache einfach als eine „der zahlreichen Inkongruenzen"[1] des Gesetzes zu bezeichnen, scheint nicht angängig, denn die schärfere Strafdrohung des Betruges läßt sich sehr wohl mit der Erwägung rechtfertigen, daß es sich bei der Gebührenübererhebung meist um geringfügige Beträge handelt, vor allem aber, daß der Zahlungspflichtige hier ohne große Schwierigkeiten in der Lage ist, sich über dem Umfang seiner Zahlungspflicht zu orientieren;[2] somit erscheint es unbillig, ihn in diesem Falle durch eine ebenso harte Strafdrohung zu schützen wie beim Betruge, wo ihm eine solche Möglichkeit in der Regel nicht offensteht. Und endlich wird es sich auch bei dem Delikt der Gebührenübererhebung, wenn eine Täuschung vorliegt, regelmäßig nicht um die Vorspiegelung einer „Tatsache" im Sinne des § 263, sondern um die Erregung eines Rechtsirrtums handeln.

Aus allen diesen Gründen gelangen wir, um es noch einmal zusammenzufassen, zu dem Ergebnis: Das Delikt der unbefugten Gebührenerhebung ist nicht ein Unterfall des Betruges, sondern ein delictum sui generis, dessen Tatbestand sich in der

---

[1] Binding, Lehrb. Bd. 2 S. 939 Anm. 2.

[2] RG. III v. 15. 11. 1888 E. Bd. 18 S. 223.

Geltendmachung einer nicht bestehenden Forderung als einer Rechtsforderung erschöpft, ohne die Tatumstände des § 263 zu erfordern.

Und ebensowenig wie ein Betrug ist unseres Erachtens in dem Tatbestande der §§ 352, 353 begrifflich eine Unterschlagung bezw. Amtsunterschlagung enthalten. Hierüber wird weiter unten noch ausführlich zu handeln sein.

§ 3.

Als Subjekt des Deliktes erfordert das Gesetz einen Beamten und unterscheidet dann wieder zwischen solchen, die Vergütungen für amtliche Verrichtungen zu eigenem Vorteil (§ 352), und solchen, die Abgaben für eine öffentliche Kasse zu erheben haben.

Was zunächst die Bedeutung des Begriffes „Beamter" anbetrifft, so herrscht hierüber in der Wissenschaft Streit; das Gesetz versteht nach § 359 darunter „alle im Dienste des Reichs oder in unmittelbarem oder mittelbarem Dienst eines Bundesstaates auf Lebenszeit, auf Zeit oder nur vorläufig angestellten Personen, ohne Unterschied, ob sie einen Diensteid geleistet haben oder nicht, ingleichen Notare, nicht aber Advokaten und Anwälte".

Es ist an dieser Stelle nicht näher zu erörtern, ob die soeben angeführte Gesetzesdefinition erschöpfend ist oder allen berechtigten Anforderungen entspricht, jedenfalls wollte unseres Erachtens das Gesetz damit eine erschöpfende Begriffsbestimmung geben; eine solche Absicht jedoch ergibt als Folgerung die Unzulässigkeit, den Täterkreis unseres Deliktes über die in § 359 angeführten Personen hinaus zu erweitern. Auf dem gleichen Standpunkt steht auch die herrschende Meinung,[1] während von einigen, wie v. Liszt und Schwarze, die Ansicht vertreten wird, das Gesetz habe keine erschöpfende Definition geben wollen, sondern betone nur die Anstellung und das Dienstverhältnis.

Entgegen der Legaldefinition des § 359 sind den Beamten kraft besonderer Bestimmung im Falle des § 352 gleichgestellt

---

[1] Frank § 359 Anm. 1; Olshausen § 359 Anm. 2; Binding, Lehrb. Bd. 2 S. 374, 381; Kitzinger S. 481.

einige Nichtbeamte, die ebenfalls für amtliche Verrichtungen Vergütungen zu erheben berechtigt sind, und zwar nennt das Gesetz: Advokaten, Anwälte und sonstige Rechtsbeistände. Die Worte „sonstiger Rechtsbeistand“ sind nach den Motiven[1] aufgenommen, weil die Kategorie der Advokaten und Anwälte nicht alle jene Personen umfasse, die in Hinblick auf einzelne Landesgesetze in die Lage kommen könnten, als Rechtsbeistände Gebühren einzuziehen. Begrifflich folgt daraus, daß die Rechtsbeistände zu amtlichen Verrichtungen berufen sein müssen, mit Notwendigkeit, daß nur solche Personen gemeint sein können, die infolge staatlicher Bestellung ein Amt wahrnehmen, kraft dessen sie Dritten in Rechtssachen gegen Vergütung Beistand leisten. Nach dieser Folgerung, die in der Wissenschaft allgemein gezogen ist, würde wohl der einen Rechtsanwalt vertretende Referendar als Deliktstäter in Betracht kommen können, nicht aber solche Personen, denen das mündliche Verhandeln vor Gericht durch die Justizverwaltung gestattet ist, denn diese nehmen trotz § 157 ZPO. keine „amtlichen“ Verrichtungen vor.

Das Gesetz setzt nur voraus, daß der betreffende Beamte die Befugnis hat, Vergütungen oder Abgaben zu erheben. Weitergehend fordert Binding[2] offenbar auf Grund des Wortlautes des Gesetzes: „welcher . . . zu erheben hat“, der Beamte müsse zur Erhebung gerade solcher Abgaben zuständig sein; sei er das nicht, so mache er, aber auch nur er, sich einer Geschenkannahme schuldig. Diese Auslegung, die auch Oppenhoff[3] vertritt, ist u. E. zu eng und dürfte auch kaum aus dem Wortlaut der Gesetzesvorschrift herauszulesen sein, zumal deren Tendenz überzeugend gegen sie spricht. Denn der Abgabenpflichtige wird es in der Regel kaum beurteilen können, ob der betreffende Beamte zur Erhebung gerade solcher Abgaben zuständig ist, und zwar weil die Geschäftsverteilung eine Sache des inneren Dienstes ist und sich naturgemäß der Kenntnis des Publikums entzieht. Um aber den Zweck des Gesetzes, das Publikum vor Übervorteilung

---

[1] Mot. zu § 348, Stenogr. Ber. des Reichstages S. 85.
[2] Lehrb. Bd. 2 S. 931, 936.
[3] Oppenhoff-Delius § 352 N. 1.

zu schützen, nicht in vielen Fällen illusorisch zu machen, muß es als genügend angesehen werden, wenn der betreffende Beamte nach irgendeiner Richtung hin entweder für sich oder für die Kasse Vergütungen irgendwelcher Art zu erheben berechtigt ist, d. h. wenn er nach außen hin als Einziehungsbeamter zuständig auftritt. Nur wenn der Beamte überhaupt nicht befugt war, für sich oder die Kasse Vergütungen zu erheben, kann von der Anwendbarkeit des Gesetzes keine Rede sein.

Nach dieser von uns vertretenen Ansicht ist die weitere von Binding aufgeworfene und von ihm verneinte Frage, ob der Beamte gerade zur Erhebung der geforderten Abgaben zuständig sein müsse, gegenstandslos geworden. Natürlich muß er das nicht, da er ja nicht einmal zur Erhebung derartiger Abgaben allgemein zuständig zu sein braucht.

Unbedenklich ist Binding[1] jedoch darin beizutreten, daß als Täter nicht nur der Beamte in Frage kommen kann, welcher die Abgabe tatsächlich erhebt, sondern auch der, welcher sie geflissentlich zu hoch ansetzt, denn dieser ist es ja, welcher sein Amt zu Bedrückungen der ihm Unterstellten mißbraucht.

Eine Zuständigkeit des Beamten wird jedoch nur im Falle der §§ 352 und 353 Abs. 1 vorausgesetzt; § 353 Abs. 2 verlangt einfach die Beamteneigenschaft des Täters. Hier ist es unerheblich, ob dem betreffenden Beamten die Auszahlung von Ausgaben überhaupt oblag, sondern es wird nur gefordert, daß er in diesem einen Falle amtlich auszuzahlen hatte.

§ 4.

Die Leistungen, die der Beamte zu erheben haben muß, sind vom Gesetz verschieden bezeichnet. § 352 nennt: „Gebühren oder andere Vergütungen für amtliche Verrichtungen“, § 353: „Steuern, Gebühren oder andere Abgaben“.

Allen diesen Leistungen gemeinsam ist, daß sie auf gesetzlicher Grundlage beruhen müssen. Dieser Satz ist allgemein anerkannt, während die Begriffe selbst im einzelnen mannigfach bestritten

---

[1] Lehrb. Bd. 2 S. 931.

sind. Z. B. sieht Binding,[1] der die Vergütung als „ökonomisches Entgelt für eine Amtshandlung" definiert, den Unterschied zwischen Gebühren und Vergütungen darin, daß erstere ihrem Betrage nach gesetzlich fixiert sein müßten, letztere jedoch nach dem Willen des Gesetzes auch vertragsmäßig vereinbart werden könnten. Während Frank[2] diesen Standpunkt teilt, stellt Olshausen[3] Gebühr und Vergütung begrifflich gleich und sieht in letzterer nur den allgemeinen Ausdruck für das als Gegenleistung für amtliche Verrichtungen zu gewährende Entgelt, jedoch ohne Rücksicht darauf, ob es gesetzlich bestimmt sei oder nicht.

Nun ist zweifellos Olshausen darin beizutreten, daß Vergütung vom Gesetz als Oberbegriff gedacht ist; das geht notwendig aus den Worten „oder andere" hervor. Um festzustellen, wieweit der Gesetzgeber den Begriff „Vergütung" ausgedehnt wissen wollte, dürfte ein kurzer Verweis auf die Gebührenordnung für Rechtsanwälte[4] von Vorteil sein, denn auch dort tritt uns Vergütung als ein Oberbegriff entgegen, der allerdings — anders als im § 352 — neben den Gebühren der Rechtsanwälte auch deren Auslagen mitumfaßt. Nach § 93 GebO. kann nun der Betrag der Vergütung in der Regel durch Vertrag festgesetzt werden. Da aber nichts darauf hinweist, daß hier der Ausdruck Vergütung etwas anderes bedeuten soll als im Reichsstrafgesetzbuche, so ist umgekehrt der Schluß gerechtfertigt, daß auch die Vergütungen des § 352 StGB. ihrer Höhe nach der vertragsmäßigen Vereinbarung unterliegen, wenn nur das Recht, sie zu fordern, unmittelbar auf gesetzlicher Grundlage beruht.

Das Reichsgericht[5] führt für seine gegenteilige Ansicht, das Gesetz habe nur solche Vergütungen im Auge, deren Betrag ein feststehender, ein gesetzlich fixierter sei, vor allem die Entstehungsgeschichte des § 352 an. Im § 373 ALR., auf den § 352 zurückgehe, sei das unrichtige und übermäßige Sportulieren und das Überschreiten der „vorgeschriebenen" Taxen bei Berechnung der

---

[1] Binding, Lehrb. Bd. 2 S. 937.
[2] Frank § 352 II, 1.
[3] Olshausen § 352, 2b.
[4] Fassung der Bekanntmachung v. 20. 5. 1898 und der Novelle v. 1. 6. 1909.
[5] RG. IV v. 21. 2. 1881 E. Bd. 17 S. 171.

Sporteln bedroht. Es sei also damals nur die Übertretung der gesetzlichen Tarifbeträge Gegenstand der Strafandrohung gewesen. Und das gleiche müsse, da eine materielle Änderung nicht beabsichtigt sei, folgerichtig auch noch für das heutige Recht gelten.

Aber eine derartig weitgehende Folgerung aus der Entstehungsgeschichte, wie sie das Reichsgericht hier zieht, erscheint bedenklich, da eine solche darauf hinauslaufen würde, aus dem Text des allgem. Landrechts für unser heutiges Recht zu folgern. Wenngleich im Reichsstrafgesetzbuch eine materielle Änderung vor allem der Vorschriften des preußischen Rechts nicht beabsichtigt war, so ist doch andererseits der Wortlaut des allgem. Landrechts schon in das preußische Strafgesetzbuch von 1851 nicht aufgenommen, so daß die Strafdrohungen des allgem. Landrechts nur dem Sinne, aber nicht dem Wortlaut nach als Auslegungsmittel für das heutige Recht verwendbar sein dürften.

Auch der Begriff „Abgabe" des § 353 ist, wie sich aus dem Wortlaut des Gesetzes ergibt, als Oberbegriff aufzufassen. Wesenlich für die Abgabe ist deren öffentlichrechtlicher Charakter, so daß sämtliche auf privatrechtlichem Titel beruhende Leistungen, wie z. B. Renten und Pachtgelder, von vornherein auszuscheiden sind. Als Abgabe erscheint vielmehr jede öffentlichrechtliche Leistung an eine öffentliche Kasse, die kraft Rechtssatzes zur Bestreitung öffentlicher Einrichtungen gezahlt wird, sei es als Entgelt eines einzelnen für eine Inanspruchnahme öffentlicher Organe, sei es als Leistung der Allgemeinheit ohne jede Gegenleistung des öffentlichen Verbandes. Entsprechend dieser Unterscheidung ergeben sich als Unterarten der Abgabe: Gebühren und Steuern. Die Ausdrucksweise des Gesetzes „und andere Abgaben" ist ungenau, da es andere Abgaben als Steuern und Gebühren nicht gibt.[1]

Die Gebühren erscheinen nach dem Wortlaut des Gesetzes sowohl als Unterart der Vergütung als auch als solche der Abgabe. Aus dieser Tatsache ergibt sich ohne weiteres, daß die Gebühren des § 352 nicht mit denen des § 353 wesensgleich sein können, denn letztere müssen neben ihren allgemeinen Eigenschaften

[1] Binding, Lehrb. Bd. 2 S. 931.

als Gebühr noch den Charakter einer Abgabe, also einer öffentlich-rechtlichen Leistung haben. Diese Forderung ist auch in Wissenschaft und Judikatur fast allgemein anerkannt, z. B. von Frank,[1] Oppenhoff,[2] Olshausen,[3] Binding,[4] auch trotz scheinbaren Widerspruches von Rüdorff-Stenglein;[5] nur Meves[6] erklärt, trotz des unklaren Wortlautes des Gesetzes brauchten die Gebühren nicht den Charakter von Abgaben zu haben, obwohl sie in einzelnen Fällen zu ihnen zu rechnen sein dürften. Inwiefern aber der Wortlaut des Gesetzes hier „unklar" sein soll, ist nicht einzusehen; eine unbedingt nötig gewesene Begründung seiner abweichenden Auffassung gibt Meves selbst nicht.

Nicht so eng umgrenzt ist der Begriff Gebühr im Falle des § 352, da sie hier nicht als öffentlichrechtliche Abgabe erscheint. Wir sahen schon, daß das Gesetz allgemein unter Vergütung ein Entgelt für eine Amtshandlung versteht, das einerseits unmittelbar auf gesetzlicher Grundlage beruht, andererseits aber der Höhe nach der vertragsmäßigen Vereinbarung unterliegt. Wenn nun das Gesetz aus den Vergütungen noch die Gebühr besonders hervorhebt, so mag man immerhin mit Binding und Frank annehmen, daß unter Gebühren die Vergütungen gemeint sein sollen, bei denen auch der Betrag der Höhe nach gesetzlich fixiert ist.[7]

Praktisch bedeutsam wird dieser verschiedene rechtliche Charakter der Gebühr in der vielumstrittenen Frage, ob Postporto- und Frachtbeträge der Staatseisenbahnen als Gebühren im Sinne des Gesetzes zu erachten sind. In bezug auf den § 353 hat das Reichsgericht[8] in ständiger Rechtsprechung diese Frage bejaht, ein Standpunkt, den Olshausen[9] und Rüdorff-Stenglein[10]

---

[1] Frank § 353 I.

[2] Oppenhoff-Delius § 353, 2.

[3] Olshausen § 352, 2b.

[4] Lehrb. Bd. 2 S. 932.

[5] Rüdorff-Stenglein S. 744.

[6] Meves in H. H. Bd. 3 S. 999.

[7] Meves in HH. Bd. 3 S. 998 versteht unter Gebühr solche Vergütungen, die in Geld bestehen.

[8] RG. II v. 3. u. 7. 12. 1880 E. Bd. 3 S. 87, II v. 25. 1. 1892 E. Bd. 22 S. 307, IV v. 11. 2. 1908 E. Bd. 41 S. 92.

[9] Olshausen § 353.

[10] Rüdorff-Stenglein S. 744 N. 1.

billigen, während ihn Frank[1] für bedenklich hält. Das Reichsgericht führt aus: Von dem Begriff „Abgaben" ausgeschieden werden müßten nur solche Leistungen, welche auf einem Privatvertragsverhältnis beruhten, d. h. solche, die die Kasse aus dem Betriebe einer gewerblichen Unternehmung nach zivilrechtlichen Normen zu beanspruchen habe. Darunter seien aber Postporto- und Frachtbeträge nicht zu verstehen, da sie einen „publizistischen Charakter" an sich trügen.

Diese Begründung des Reichsgerichts ist u. E. treffend. Denn wesentlich ist, daß die Postporto- und Frachtbeträge ihrer Höhe nach nicht nach gewerblichen, sondern nach publizistischen Grundsätzen bemessen werden; demgegenüber kann es nicht darauf ankommen, daß sie sich auf eine vertragsmäßige Vereinbarung im weitesten Sinne zurückführen lassen, denn dieser Gesichtspunkt ist bei fast jedem Entgelt für die Benutzung einer öffentlichen Einrichtung gegeben, auch bei solchen, die allgemein als Gebühren anerkannt sind.

Dagegen hat das Reichsgericht in voller Übereinstimmung mit der Literatur die Subsumtion von Postporto und Frachtbeträgen unter den Begriff Gebühr im Falle des § 352 abgelehnt,[2] auch hier u. E. mit vollem Recht, da diese Beträge keine „Vergütungen für amtliche Verrichtungen" sind. Vergütungen und Gebühren im Sinne des § 352 treten gerade im Gegensatz zu dem Ersatz für Auslagen, und von einer Vergütung für amtliche Verrichtungen kann in allen den Fällen nicht gesprochen werden, wo der Beamte den Ersatz einer wirklich gemachten und als solcher nachzuweisenden Auslage unrechtmäßig einfordert, wie z. B. bei einer zu hohen Liquidation für eine Dienstreise. In diesen Fällen erscheint die Anwendbarkeit des § 352 zweifelsfrei ausgeschlossen. Es kann jedoch fraglich erscheinen, ob dasselbe gelten muß bei der übermäßigen Erhebung einer tarifmäßig bestimmten Vergütung präsumtiver Auslagen, wo von der Behauptung und dem Nachweis der wirklich gemachten Auslagen abgesehen

---

[1] Frank § 352 I.

[2] RG. IV v. 21. 2. 1881 E. Bd. 17 S. 171.

wird. Diese Frage ist von Literatur und Rechtsprechung[1] ziemlich allgemein verneint, so von Olshausen,[2] Rüdorff,[3] Binding[4] und mit einer kleinen Einschränkung auch von Frank;[5] es ist auch hierin der herrschenden Meinung beizutreten, denn Wortlaut und Sinn der Gesetzesvorschrift bedingen eine Verneinung der Streitfrage. Es ist ja in der Pauschalsumme, die der Staat fordert, nicht nur ein Ersatz der Auslagen, sondern auch ein Betrag für die Mühewaltung des Beamten begrifflich enthalten. Damit verwandelt sich aber der Anspruch des Beamten aus einer Forderung für Auslagenersatz in eine Gebühr, die unbedenklich unter den § 352 zu subsumieren ist.

Da der Täter im Fall des § 353 die Abgabe zum Vorteil einer „öffentlichen Kasse" erheben muß, erhebt sich die Frage, was unter einer solchen zu verstehen ist. In der Wissenschaft ist der Begriff nicht unbestritten. So ist nach Meves[6] eine Kasse nur dann als eine öffentliche anzusehen, wenn sie als Vertreterin öffentlichen Vermögens auftritt, nicht aber dann, wenn sie nur Verwalterin von Privatgeldern ist. Meves will dementsprechend städtische Sparkassen nicht als öffentliche Kassen im Sinne des Gesetzes angesehen wissen, und zwar aus dem Grunde, weil die in diese laufenden Zahlungen auf einem Vertragsverhältnisse, wenn auch in weitestem Sinne, beruhten. Weitergehend fassen die herrschende Meinung[7] und die Judikatur[8] den Begriff auf, indem sie als eine öffentliche jede Kasse des Staates oder einer öffentlichen Korporation betrachten, in die Abgaben fließen. Hierunter seien auch städtische Sparkassen zu rechnen, denn was

---

[1] RG. I v. 4. 3. 1889 E. Bd. 19 S. 66, während E. Bd. 17 S. 169 die Frage unentschieden läßt.

[2] Olshausen § 352 N. 2b.

[3] Rüdorff-Stenglein S. 743.

[4] Lehrb. Bd. 2 S. 932.

[5] Frank § 352 N. 2, 2.

[6] Meves in HH. Bd. 3 S. 999.

[7] Frank § 353 N. 1; Olshausen § 353; Hälschner S. 1086 N. 2; Binding, Lehrb. Bd. 2 S. 931.

[8] RG. IV v. 11. 10. 1892 E. Bd. 23 S. 264, II v. 25. 1. 1892 E. Bd. 22 S. 308.

diese als ihnen verschuldet zu empfangen hätten, seien begrifflich Gebühren.[1]

Dieser Ansicht ist beizutreten. Öffentliche Kasse ist nach dem Wortlaut des Gesetzes eine solche Kasse, in die Abgaben fließen. Dementsprechend muß aus dem Begriff „Abgaben" der der „öffentlichen Kasse" abgeleitet werden. Entsprechend unserer oben ausgeführten Auslegung des Begriffes „Abgaben" ist aber zu folgern, daß als ausgeschlossen nur solche Kassen angesehen werden müssen und dürfen, die auf einem rein privatrechtlichen Vertragsverhältnis beruhende Zahlungen empfangen, also unbedingt die Kassen industrieller Unternehmungen der öffentlichen Verbände, dann aber auch alle solche, die überhaupt nach gewerblichen Gesichtspunkten geleitet werden. Dieser Fall ist jedoch bei den städtischen Sparkassen nicht gegeben; hier sind neben den gewerblichen in weit höherem Grade politische und volkswirtschaftliche Gesichtspunkte maßgebend. Eine Kasse aber, die zur Wahrnehmung öffentlicher Interessen bestimmt ist, kann unbedenklich als eine „öffentliche" betrachtet werden, und in diese Gruppe fallen die städtischen Sparkassen ebenso wie die Kassen der Staatsbahnen und des Postfiskus.

Eine weitere vielumstrittene Streitfrage ist darüber entbrannt, ob die Abgabe als solche existieren muß, oder ob das Gesetz auch da anwendbar ist, wo der Beamte Abgaben einfordert, zu deren Erhebung die Kasse tatsächlich nicht berechtigt ist.

Nach Olshausen,[2] Oppenhoff[3] und dem Reichsgericht[4] muß die Kasse zur Erhebung der geforderten Abgabe berechtigt sein, es könne nicht darauf ankommen, ob der betreffende Beamte die Forderung fälschlich als Abgabe bezeichne.

Diese Ansicht wird bekämpft von Binding,[5] Kitzinger[6]

---

[1] Hälschner S. 1086 N. 2.

[2] Olshausen § 353 N. 2.

[3] Oppenhoff-Delius § 353 N. 2.

[4] RG. IV v. 11. 10. 1892 E. Bd. 23 S. 265, IV v. 11. 2. 1908 E. Bd. 41 S. 93.

[5] Binding, Lehrb. Bd. 2 S. 932/33.

[6] Kitzinger S. 480.

und Frank.[1] Binding[2] führt beweisführend aus: Der Beamte brauche ja für seine Forderung aus § 353 dem Nichtschuldner überhaupt keinen Namen anzugeben; tue er dies aber, so sei der angegebene Name auf jeden Fall falsch. Daß nun dieser falsche Name dem einer wirklich bestehenden Abgabe entsprechen müsse, sei eine formalistische Forderung ohne innere Berechtigung.

Demgegenüber stützt das Reichsgericht[3] seine Ansicht auf die Entstehungsgeschichte des § 353, insbesondere auf §§ 413, 414 ALR., die Abgaben voraussetzten, welche der Staat in der Tat erhebe. Das gleiche müsse auch noch für das Reichsstrafgesetzbuch gelten, da zur Annahme einer Abweichung kein Anlaß vorliege.

Allerdings schränkt die jüngste einschlägige Entscheidung[4] diesen schroffen Standpunkt wesentlich ein, indem sie erklärt, es brauche die Berechtigung der Kasse zur Erhebung der Abgabe nicht unbeschränkt für jeden Fall vorzuliegen, es genüge vielmehr, wenn sie auch nur bedingt und beim Vorhandensein besonderer Voraussetzungen ausgeübt werden könne.

Nun ist weiter oben schon auf die schweren Bedenken hingewiesen, die eine so weitgehende Folgerung aus der Entstehungsgeschichte, wie sie das Reichsgericht zieht, erweckt. Wir können nur wiederholen, daß die historische Entwicklung uns u. E. nur berechtigt, einen Schluß auf den Sinn der Gesetzesvorschrift zu ziehen, aber nicht dem Wortlaut des allgem. Landrechts die Bedeutung eines Auslegungsmittels für das geltende Recht zuzubilligen, zumal dieser Wortlaut, wie näher zu erörtern sein wird, mit der offenbaren Tendenz des Gesetzes in Widerspruch steht.

Daß § 353 anwendbar ist, wenn der Beamte für seine Forderung dem Nichtschuldner gar keinen Namen gibt, sondern einfach im Namen der Kasse fordert, unterliegt keinen Bedenken. Gibt er ihr aber einen Namen, so wird doch der Nichtschuldner in den seltensten Fällen sich sofort darüber klar sein und klar

[1] Frank § 353 N. 1, 1.
[2] S. 933.
[3] RGE. Bd. 23 S. 265.
[4] RG. IV v. 11. 2. 1908 E. Bd. 41 S. 93.

sein können, ob dieser Name der einer tatsächlich bestehenden oder nicht bestehenden Abgabe ist. Denn natürlich wird sich der Beamte bei seinen unrechtmäßigen Forderungen in der Regel nicht an Leute wenden, bei denen er Kenntnis der weitverzweigten und schwer zu übersehenden Tarifbestimmungen voraussetzt, sondern vorzugsweise an solche, die sich nach seiner Ansicht über die Berechtigung der Abgabenforderung wenig Gedanken machen werden. Aber das Gesetz hat gerade die Tendenz, das unwissende Publikum vor Übervorteilungen durch pflichtwidrig handelnde Beamte zu schützen. Es hieße jedoch diese Tendenz in sehr vielen Fällen illusorisch machen, wollte man die Anwendbarkeit des § 353 verneinen, falls die eingeforderte Abgabe als solche nicht besteht; denn auch hier leistet der Nichtschuldner in der Meinung, eine rechtlich geschuldete Abgabe zu zahlen. Ob der Beamte seine Forderung direkt als „Abgabe" oder „Gebühr" bezeichnet, mag demgegenüber unerheblich erscheinen, wesentlich ist nur, daß aus seinem ganzen Verhalten hervorgeht, er verlange die Leistung als eine rechtlich geschuldete. Und ebenso würde zu entscheiden sein, wenn ein Nichtschuldner in der Annahme einer Leistungspflicht freiwillig eine tatsächlich nicht bestehende Abgabe als Abgabe einer öffentlichen Kasse zahlt, die der betreffende Beamte in Kenntnis ihres Nichtverschuldetseins und des Irrtums des Zahlenden annimmt, gleichgültig ob er stillschweigend oder ausdrücklich das Bestehen der Abgabe bestätigt. Auch in diesem Falle würde u. E. § 353 unbedenklich anzuwenden sein.

Merkwürdigerweise ist die soeben erörterte Streitfrage nur beim § 353 aufgeworfen, während es unbestritten ist, daß ein Beamter, der tatsächlich nicht bestehende Vergütungen für amtliche Verrichtungen zu eigenem Vorteil erhebt, nach § 352 zu bestrafen ist. Inwiefern aber in dieser Hinsicht zwischen den beiden Paragraphen ein Unterschied zu machen ist, ist nicht einzusehen.

Gegen unsere oben ausgeführte Ansicht ist nun der Einwand erhoben, die Pflicht zur Ablieferung an die öffentliche Kasse habe nur bezüglich wirklicher Abgaben einen Sinn. Dieser Einwand kann jedoch nicht durchgreifen, denn die Kasse verlangt ihrerseits zunächst den Besitz an allem Gelde, das der Beamte in seiner Eigenschaft als Erhebungsbeamter, d. h. als ihr Vertreter, ein=

nimmt. In den weitaus meisten Fällen erlangt sie sogar Eigentum an der Überforderung, denn der Nichtschuldner zahlt in der Meinung, der öffentlichen Kasse Eigentum zu übertragen, der Beamte erklärt — ausdrücklich oder stillschweigend —, die Zahlung für die Kasse anzunehmen. Somit ist als Regelfall der anzusehen, daß die Kasse Eigentum an dieser Zahlung erlangt, denn der geheime Vorbehalt des Beamten, er wolle das Geld nicht für die Kasse, sondern für sich erwerben, ist nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts einflußlos. Nur in dem seltenen Falle, wo der Nichtschuldner wissentlich in der Absicht zahlt, dem Beamten das Geld zukommen zu lassen, und dieser auch von vornherein für sich erwerben will, würde die Kasse Eigentum nicht erwerben. Aber dieser Gesichtspunkt kann überhaupt völlig ausscheiden; man kann sich damit begnügen, festzustellen, daß die Kasse in allen Fällen berechtigt ist, den Besitz an dem erhobenen Gelde zu beanspruchen, und zwar weil es der Beamte als ihr Vertreter und in ihrem Namen vereinnahmt hat.

Aus allen diesen Gründen gelangen wir zu dem Ergebnis, daß es für den Tatbestand des Deliktes als unwesentlich außer Betracht bleiben muß, ob die von dem Beamten als rechtlich geschuldet geforderte Abgabe einer wirklich bestehenden Abgabe entspricht oder nicht.

Ist nun soeben erörtert, was das Gesetz unter Vergütungen, Abgaben usw. im einzelnen versteht, so soll jetzt untersucht werden, ob man auch in dem Falle, wo der Beamte statt der an sich zu fordernden Abgabe einen anderen nicht ablieferungsfähigen Gegenstand einfordert oder erhebt, rechtlich davon sprechen kann, er habe eine „Abgabe" gefordert. Diese Frage ist außerordentlich bestritten.

Daraus daß die öffentlichen Gefälle, bezüglich derer das Delikt begangen werden kann, im Wortlaut des Gesetzes so genau bezeichnet sind, ist unbedenklich nur zu folgern, daß die Strafvorschriften auf die Erhebung anderer Gefälle, die nicht zu den genannten gehören, nicht ausgedehnt werden können. Weitergehend erklärt aber die herrschende Meinung, das Gesetz sei auch da nicht anwendbar, wo an Stelle wirklich geschuldeter Abgaben andere Gegenstände verlangt und gegeben würden, so z. B. wenn

sich der Beamte eine höherwertige Ware geben ließe, aber nur den geringeren Geldbetrag an die Kasse abliefere; denn in diesem Falle handle es sich nur um eine persönliche Leistung an den Empfänger, und außerdem setze das Tatbestandsmerkmal der Nichtablieferung an die Kasse einen zur Ablieferung überhaupt geeigneten Gegenstand voraus. Auf diesem Standpunkt stehen Olshausen,[1] Oppenhof,[2] Rüdorff,[3] Geyer,[4] v. Liszt[5] und die Judikatur,[6] während Meyer[7] und Hälschner[8] die gegenteilige Ansicht vertreten.

Legt man aber auch hier wieder die Tendenz des Gesetzes, die Abgabenpflichtigen vor Übervorteilung zu schützen, zugrunde, so läßt sich unseres Erachtens diese Frage überhaupt nicht prinzipiell bejahen oder verneinen, sondern sie muß je nach den tatsächlichen Verhältnissen verschieden entschieden werden. Allerdings wird derjenige, welchem die Leistung abverlangt wird, sofort erkennen können, daß es sich nicht unmittelbar um Befriedigung der öffentlichen Kasse, sondern um eine persönliche Leistung an den Verlangenden handelt, aber damit ist noch nicht gesagt, daß er auch in jedem Falle sofort erkennen kann, ob damit eine ihn schädigende Überforderung verlangt wird. Ein Beispiel möge dies illustrieren, und zu diesem Zwecke scheint uns der Fall, der der erwähnten Reichsgerichtsentscheidung[9] zugrunde liegt, besonders geeignet zu sein. Hier ist der Tatbestand kurz folgender. Der Angeklagte verlangt als verpflichteter Postbote bei Ausgabe eines Postpaketes, für welches 5 Pf. Bestellgeld zu entrichten waren, auf die Frage der Abnehmerin, was es koste, „für 10 Pf. Wurst"; diese erhält er auch, liefert aber nur 5 Pf. an die Postkasse ab.

Nun wußte selbstredend die Abnehmerin, daß der Postbote nicht die Wurst, sondern das Bestellgeld abzuliefern hatte, mußte

---

[1] Olshausen § 353 N. 3.
[2] Oppenhoff-Delius § 353 N. 3.
[3] Rüdorff-Stenglein S. 744 N. 2.
[4] Geyer, Grundriß S. 199.
[5] v. Liszt, Lehrb. S. 587.
[6] RG. v. 9. 10. 1880 R. Bd. 2 S. 307.
[7] Meyer, Lehrb. 4. Aufl. S. 879.
[8] Hälschner S. 1086 N. 2.
[9] R. Bd. 2 S. 307.

sich also insoweit darüber klar sein, daß es sich um eine persönliche Leistung an den Postboten handelte, aber sie konnte auch ebensogut annehmen, das von ihr geschuldete Bestellgeld betrage eben 10 Pf., und der Beamte wolle nur gleichzeitig einen Einkauf machen. War sie aber dieser Meinung und gab sie dem Postboten für 10 Pf. Wurst, um damit 10 Pf. Bestellgeld zu bezahlen, so ist nicht einzusehen, warum der Tatbestand des Gesetzes nicht erfüllt sein soll. Dies einfach aus dem Wortlaut des Gesetzes: „und das Erhobene ganz oder zum Teil nicht zur Kasse bringt" zu verneinen, erscheint als dem offenbaren Sinn der Gesetzesvorschrift zuwiderlaufend unberechtigt, denn die Abnehmerin hat infolge der Forderung des Beamten etwas rechtlich nicht Geschuldetes geleistet in der Meinung, einer Rechtspflicht zu genügen. Das wird noch klarer, wenn man annimmt, der Postbote habe bei gleicher Sachlage für 5 Pf. Wurst verlangt und erhalten und dann 5 Pf. an die Postkasse abgeliefert. Man könnte doch hier auch kaum davon sprechen, die Abnehmerin habe das Bestellgeld nicht bezahlt.

Ganz anders würde die Sachlage liegen, wenn der Postbote auf die Frage der Abnehmerin, was es koste, z. B. geantwortet hätte: „5 Pf., Sie können mir dafür aber auch für 10 Pf. Wurst geben". Dann hätte die Abnehmerin keinen Augenblick im Zweifel sein können, daß sie nur 5 Pf. schulde und der Postbote im übrigen eine persönliche Leistung an sich verlange. Wenn sie jetzt das Verlangen des Beamten erfüllt, vielleicht weil ihr beide Leistungen als für sie gleichwertig erscheinen, so geschieht dies nicht in dem Bewußtsein, einer Rechtspflicht zu genügen, sondern zu schenken. Und da auch der Beamte in diesem Falle die Leistung nicht als rechtlich geschuldet, sondern als persönliches Geschenk fordert, erscheint die Anwendbarkeit des § 353 ausgeschlossen.

Soweit wird u. E. im Einzelfalle tatsächlich festzustellen sein, ob der Nichtschuldner annehmen mußte, der Beamte verlange ein rechtlich Geschuldetes. Läßt sich eine solche Feststellung treffen, so steht der Anwendbarkeit des Gesetzes nichts im Wege.

§ 5.

Um den Tatbestand des Deliktes zu erfüllen, müssen nach dem Gesetz zwei Voraussetzungen gegeben sein. Zunächst muß eine Benachteiligung eines Zahlungspflichtigen vorliegen, und dazu muß noch treten die Nichtablieferung des rechtswidrig Erhobenen an die Kasse. Eine Benachteiligung eines Zahlungspflichtigen sieht das Gesetz darin, daß der Beamte Vergütungen oder Abgaben erhebt, die der Zahlende nicht oder nicht in der geforderten Höhe schuldet.

In dem „Erheben" liegt begrifflich Fordern und Erhalten, und erst durch das Zusammentreffen beider Momente wird das Erheben begrifflich vollendet. Als Fordern ist aber nicht schlechthin jedes Fordern anzusehen, sondern nur das Fordern einer Leistung als einer rechtlich geschuldeten. Es liegt im Wesen des Bedrückungsdeliktes, daß es unanwendbar ist, wenn der Beamte die Leistung als Geschenk fordert, denn Gebühr und Schenkung schließen sich begrifflich aus. In dieser Frage herrscht in Literatur und Rechtsprechung auch Einstimmigkeit, nur meint Binding,[1] es könne sich in dem Ansinnen eines Geschenkes eine Gebührenforderung verbergen. Diese Ansicht erscheint bedenklich. Der Zahlende leistet doch als Geschenk, und der Beamte nimmt die Leistung auch als Geschenk an. Der Umstand aber, daß er etwas als Geschenk fordert, schließt u. E. jeden Irrtum des Zahlenden, es handle sich um die Leistung eines rechtlich Geschuldeten, aus. Damit entfällt jedoch die Möglichkeit einer Anwendbarkeit der §§ 352, 353.

Auf welche Weise das Erheben geschieht, ist für unseren Tatbestand unerheblich und lediglich Strafzumessungsgrund; unter Umständen, wenn nämlich die angewendeten Mittel die Eigenschaft einer Gewalthandlung annehmen, könnte auch das Delikt der Erpressung ideell konkurrieren. Im allgemeinen aber ist es gleichgültig, wie der Beamte die ungeschuldete Gebühr erhebt. So hat auch das Reichsgericht eine Erhebung vermittels Ab-

---

[1] Lehrb. Bd. 2 S. 938.

rechnung deponierter Gelder[1] oder im Wege der Klage und Zwangsvollstreckung[2] für hinreichend erklärt.

Streit herrscht jedoch darüber, ob der Zahlende unbedingt in der Meinung leisten muß, einer bestehenden rechtlichen Verpflichtung zu genügen, oder ob der Tatbestand des Deliktes objektiv schon dann erfüllt ist, wenn er zwar seine Nichtverpflichtung kennt, aber aus irgendeinem Grunde dennoch freiwillig bezahlt. Auf dem ersteren Standpunkt stehen Oppenhoff,[3] Meves,[4] v. Schwarze,[5] Rüdorff[6] und Berner,[7] auf dem letzteren Olshausen,[8] Frank,[9] Hälschner,[10] Binding[11] und Meyer.[12] Die Judikatur ist schwankend. Während die frühere preußische Praxis[13] und auch RG. I v. 24. 6. 1880[14] und III v. 15. 11. 1888[15] schroff auf dem Standpunkt stehen, vom Erheben höherer oder ungeschuldeter Gebühren könne nur dann die Rede sein, wenn der Zahlende eine Pflicht zur Zahlung annähme und nur über die Höhe seiner Schuld im Irrtum sei, erklären es RG. II vom 5. 9. 1886[16] und II v. 25. 1. 1892[17] aus dem Zweck des Gesetzes heraus für genügend, wenn der Zahlende trotz seiner Kenntnis der Nichtschuld freiwillig zahle z. B. „weil er den Prozeß scheue".

Für den Standpunkt, der Zahlende müsse eine Pflicht zur Zahlung annehmen, wird vor allem geltend gemacht, daß gerade in der Unfreiwilligkeit des Gewährens der Unterschied zwischen

---

[1] RG. v. 22./26. 11. 1888 E. Bd. 19 S. 30.
[2] RG. v. 5. 10. 1886 E. Bd. 14 S. 364.
[3] Oppenhoff-Delius § 352 N. 2.
[4] Meves in H. H. Bd. 3 S. 999.
[5] v. Schwarze S. 331.
[6] Rüdorff-Stenglein S. 743 N. 5.
[7] Lehrb. S. 664 N. 1.
[8] Olshausen § 352 N. 5.
[9] Frank § 352 II, 3.
[10] Hälschner S. 1067.
[11] Lehrb. Bd. 2 S. 939 N. 1.
[12] Lehrb. 4. Aufl. S. 879.
[13] Goltdamers Arch. Bd. 9 S. 674, Bd. 10 S. 647.
[14] R. Bd. 2 S. 109.
[15] E. Bd. 18 S. 221.
[16] E. Bd. 14 S. 372, R. Bd. 8 S. 590.
[17] E. Bd. 22 S. 308.

Bestechung und Übervorteilung liege; wenn der Zahlende also freiwillig leiste, so gäbe er damit ein Geschenk, und es werde nicht der Tatbestand des § 352, sondern der des § 331 erfüllt.

Dieser Auffassung kann in dem Falle beigetreten werden, daß der Zahlende tatsächlich lediglich donandi causa, rein aus Liberalität zahlt, denn dann ist die Überforderung des Beamten vielleicht nur ein Anstoß für den Zahlenden, die gute Gelegenheit zur Bestechung zu benutzen, und somit liegt auch kein Grund vor, das zum Schutze des bedrückten Publikums erlassene Gesetz zu seinen Gunsten anzuwenden. Aber der Sachverhalt liegt doch wesentlich anders, wenn der Zahlende zwar weiß, die geforderte Gebühr als Gebühr nicht zu schulden, aber sich von einer Weigerung, sie zu zahlen, Nachteile oder Unannehmlichkeiten verspricht. Beispielsweise kann der Sachverhalt allerdings so liegen, daß den Geschädigten nur die einfache Bequemlichkeit, Weitläufigkeiten zu vermeiden, zur Zahlung des Nichtgeschuldeten veranlaßt; aber ebenso kann die Angst, der vielleicht sehr einflußreiche Beamte könne ihm schaden, ihn zur Zahlung bewegen. Und dann soll das Gesetz unanwendbar sein? Jedenfalls kann man in allen diesen Fällen doch nicht gut von einem Geschenk, von einem „freiwilligen“ Geben sprechen. Der Zahlende leistet vielmehr mehr oder weniger gezwungen; tut er das aber, so ist sein Vermögen infolge der Überforderung des Beamten benachteiligt, und es liegt ein echter Fall der Bedrückung vor. Demnach tragen wir nicht das geringste Bedenken, § 352 auch in diesem Fall für anwendbar zu erklären.

Während sich nun im § 352 der Tatbestand des Delikts mit diesem rechtswidrigen Erheben der nicht geschuldeten Abgabe vollendet, wird dies im § 353 nicht für hinreichend erachtet, sondern hier muß noch hinzukommen, daß der Beamte das Erhobene noch dazu „nicht zur Kasse bringt“. Damit ist ausgesprochen, daß das rechtswidrige Erheben eines Kassenbeamten an sich als minder schweres Vergehen der disziplinaren Ahndung überlassen ist, und daß erst die hinzutretende Benachteiligung der Kasse die kriminelle Strafe nach sich zieht. Nun kann freilich nicht jedes „zur Kasse bringen“ den Tatbestand unseres Deliktes ausschließen. Führt der Beamte zwar das er=

hobene Geld dem Kassenbestande zu, aber nicht als Einnahme, sondern z. B. um früher entstandene Defekte zu beseitigen, so ist ohne weiteres klar, daß hier der Anwendbarkeit des Gesetzes nichts im Wege steht, denn dann begleicht der Täter eine persönliche Schuld an die Staatskasse, zu welchem Zwecke er sich vorher Staatseigentum angeeignet hat. Vielmehr kann der Tatbestand des Deliktes nur dann als ausgeschlossen gelten, wenn der Täter das erhobene Geld als vereinnahmte Abgabe dem Kassenbestande zuführt, wenn also der Überbetrag rechnungsmäßig erscheint.

Der Begriff „nicht zur Kasse bringen" selbst ist im übrigen mannigfach bestritten, ein Streit, der in der Frage gipfelt, ob in diesem Ausdruck nach dem Willen des Gesetzgebers eine Zuetgnung des zuviel Erhobenen seitens des Täters zu erblicken sei oder nicht. Olshausen,[1] Oppenhoff,[2] v. Liszt,[3] Henle-Schierlinger,[4] Rüdorff[5] und die Judikatur[6] vertreten die Ansicht, eine bestimmte positive Handlung, insbesondere eine Zueignung werde nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht verlangt, während nach Meves,[7] Schütze,[8] Hälschner,[9] Kitzinger[10] und Binding[11] das Unterlassen der Abführung an die Kasse das Aneignen des rechtswidrig Erhobenen begrifflich voraussetzt.

Nun geht diese letztere Ansicht zweifellos aus dem Wortlaut des Gesetzes unmittelbar nicht hervor. Deshalb konstruiert Binding,[12] dem sich Kitzinger[13] anschließt, eine praesumptio iuris für eine Amtsunterschlagung: „Der Nachweis nicht unverschuldeter Nichtablieferung bezw. Nichtanzeige soll den Nachweis

[1] § 353 N. 6.

[2] § 353 N. 6.

[3] Lehrb. S. 583.

[4] Komm. § 353 N. 6.

[5] § 353 N. 3.

[6] RG. III v. 12. 4. 1888 E. Bd. 17 S. 324, RG. II v. 25. 1. 1892 E. Bd. 22 S. 308.

[7] H. H. Bd. 3 S. 1000.

[8] Lehrb. S. 531 Anm. 14.

[9] Strafrecht S. 1087.

[10] Vergl. Darst. Bd. 9 S. 482.

[11] Lehrb. Bd. 2 S. 934/35.

[12] S. 935.

[13] S. 482 Anm. 1.

bewußtrechtswidriger Aneignung ersetzen“. Es komme also im Beweisverfahren nicht mehr auf die der Nichtablieferung zugrunde liegende Willensrichtung, insbesondere auf rechtswidrigen Vorsatz an; der Beamte begehe, da die Kasse mit der Erhebung des Geldes Eigentum an diesem erworben habe, eine reguläre Amtsunterschlagung.

Freilich ist die Annahme einer solchen unwiderlegbaren Rechtsvermutung für das Vorliegen einer Unterschlagung sehr verführerisch, indem sie die erheblichen Schwierigkeiten einer Beweisführung der rechtswidrigen Aneignung beseitigt, andererseits aber erweckt sie doch schwere Bedenken. Für die praesumptio iuris spricht nur, daß — wie weiter oben bereits näher begründet ist — in den weitaus meisten Fällen die Kasse an dem ganzen vereinnahmten Geld, auch an dem rechtswidrig erhobenen, Eigentum erwirbt, daß demnach als Regelfall gleichzeitig eine Amtsunterschlagung gegeben ist. Aber ob aus diesem doch rein tatsächlichen Zustande die obige Rechtsvermutung hergeleitet werden kann, erscheint fraglich. Es lassen sich zunächst sehr wohl Fälle denken, wo der Tatbestand des § 353 erfüllt ist, ohne daß gleichzeitig eine Unterschlagung vorliegt. Hat z. B. der Zahlende gar nicht in der Absicht, der öffentlichen Kasse Eigentum zu verschaffen, gezahlt, sondern wollte er das Geld in Kenntnis seiner Nichtschuld dem Beamten persönlich zuführen, und wollte auch der Beamte für sich erheben, so erlangt die Kasse eben kein Eigentum an dem Erhobenen, und die Annahme einer Unterschlagung muß entfallen. Noch bedenklicher erscheint die Rechtsvermutung in den Fällen, wo der Beamte durch eine Nachlässigkeit es vergessen hat, das rechtswidrig Erhobene an die Kasse abzuführen. Hier kann man zwar sicherlich nicht von einer „unverschuldeten Nichtablieferung“ sprechen; auf der anderen Seite würde es jedoch zu folgenschweren Ungerechtigkeiten führen, wenn man einfach das schwere Delikt der Amtsunterschlagung subsumieren wollte, denn ein Beamter, der aus Übereifer zum Vorteil der Kasse erhoben und die Ablieferung nur vergessen hat, steht hinsichtlich der Strafwürdigkeit nicht auf einer Stufe mit dem, welcher sein Amt zur persönlichen Bereicherung mißbraucht. Man mag immerhin annehmen, daß der Gesetzgeber den Ausdruck „nicht zur Kasse bringen“ ge-

wählt hat wegen der Schwierigkeit des Beweises einer rechtswidrigen Zueignung. Aber auch dieser Gesichtspunkt kann die von Binding vertretene Rechtsvermutung nicht genügend rechtfertigen. Den Ausdruck „nicht zur Kasse bringen“ finden wir zum erstenmal im preußischen Strafgesetzbuch von 1851. Hier ist er gewählt, weil nach Ansicht des Gesetzgebers die vorsätzliche Übererhebung des allgemeinen Landrechts an sich zur kriminellen Bestrafung nicht ausreiche, vielmehr noch ein weiteres Unrecht, die Benachteiligung des Staates hinzukommen müsse. Der Gesetzgeber setzte also für seine Strafdrohung ein Handeln aus Eigennutz seitens des Täters voraus; aber warum soll ein solches gerade in einer Unterschlagung im technischen Sinne bestehen? Wäre letzteres tatsächlich gemeint, so würde der Gesetzgeber sicher durch irgendeinen Hinweis auf eine solche Absicht hingewiesen haben, ja voraussichtlich hätte er überhaupt anstatt des schwerfälligen, negativen „nicht zur Kasse bringen“ das positive „unterschlägt“ gebraucht. Man hätte einen derartigen gesetzgeberischen Hinweis um so eher erwarten müssen, als das Wesen der §§ 352, 353 in dem Schutze des Publikums gegen Bedrückung liegt, ein Gesichtspunkt, der dem Wesen der Unterschlagung vollkommen fremd ist.

Aber man braucht auch gar nicht eine solche technisch auf jeden Fall bedenkliche Rechtsvermutung zu konstruieren. Denn — wie schon oben ausgeführt — folgt aus der Tatsache, daß der Beamte das Erhobene in amtlicher Eigenschaft als Vertreter des Staates vereinnahmt hat, die Berechtigung der Kasse, eben an diesem Gelde Besitz zu verlangen, gleichgültig ob sie im einzelnen Falle Eigentümerin geworden ist oder nicht. Überträgt nun der Beamte trotz seiner Verpflichtung hierzu den Besitz der Kasse schuldhafterweise nicht, so handelt er pflichtwidrig und benachteiligt die Kasse. Und diese Benachteiligung soll in Verbindung mit der unrechtmäßigen Erhebung den Tatbestand des § 353 erfüllen. Aus welchen Motiven der Beamte handelt, ob er gleichzeitig eine Amtsunterschlagung begeht oder nicht, kann demgegenüber eben wegen der Schwierigkeit des Beweises einer rechtswidrigen Zueignung völlig außer Betracht bleiben. Das Erheben und Nichtzurkassebringen genügt rein objektiv, den Tatbestand des

Delikts zu erfüllen. Somit erscheint die Rechtsvermutung entbehrlich. Die obige Ansicht findet noch eine Stütze in dem Verhältnis der Strafandrohungen der §§ 350, 353. Will man in dem Nichtzurkassebringen eine Unterschlagung sehen, so läge doch sicherlich eine qualifizierte vor, denn es handelt sich dann doch um Unterschlagung öffentlicher Abgaben. Somit müßte die Strafdrohung des § 353 eine schärfere sein, aber gerade das Gegenteil ist der Fall.

Und ganz analog ist der Begriff „nicht in Rechnung stellen" des § 353 Abs. 2 auszulegen. Auch hierin sieht Binding[1] eine unwiderlegliche Vermutung für das Vorliegen einer Amtsunterschlagung. Wir gelangen aus denselben rechtlichen Erwägungen wie oben dazu, eine praesumptio iuris abzulehnen, vielmehr anzunehmen, der Tatbestand des Deliktes werde mit dem Zusammentreffen der beiden Momente, dem rechtswidrigen „Abzüge machen" und „nicht in Rechnung stellen" objektiv erfüllt, ohne Rücksicht darauf, was der Täter mit dem rechtswidrig Zurückbehaltenen bezweckt. Zwar wird auch hier die Amtsunterschlagung den Regelfall bilden, aber auch nur den Regelfall, von dem Ausnahmen sehr wohl denkbar sind, so daß sich aus diesem rein tatsächlichen Zustande mangels jedes weiteren Anhaltspunktes auch hier eine Rechtsvermutung nicht herleiten läßt. Die Ausdrucksweise des Gesetzes, der Beamte müsse die Ausgaben als „vollständig geleistet" in Rechnung stellen, ist im übrigen offenbar ungenau. Es kann nicht darauf ankommen, daß die Leistung gerade als „vollständig" geleistet in Rechnung gestellt wird, sondern wesentlich ist natürlich nur, daß sie zu einem höheren Betrage verrechnet wird, als sie tatsächlich ausgezahlt ist.

Spricht man von dem „Erheben" bezw. dem Erheben und Nichtzurkassebringen als von einem vollendeten Delikt, so erscheint als Versuch — der allerdings ohne jede innere Berechtigung nur für § 352 unter Strafe gestellt ist — das erfolglose Auffordern des Täters zur Zahlung nicht geschuldeter Gebühren.[2] In gleicher Weise würde das wissentliche erfolglose Ansetzen einer zu hohen Gebühr u. E. begrifflich als Deliktsversuch anzusehen sein.

---

[1] Lehrb. Bd. 2 S. 941.

[2] RG. IV v. 17./21. 12. 1886 R. Bd. 8 S. 773.

§ 6.

Die Strafdrohung der §§ 352, 353 tritt nur bei vorsätzlichem Handeln des Täters ein, so daß von vornherein ausscheiden müssen die Fälle, wo der Beamte sich im — wenn auch infolge Fahrlässigkeit — irrigen guten Glauben befindet, er sei zur Erhebung der Abgabe in der geforderten Höhe berechtigt. Nun gebraucht aber das Gesetz nicht direkt den Ausdruck „vorsätzlich", sondern es verlangt, der Täter müsse „wissen", die von ihm geforderte Abgabe werde tatsächlich gar nicht oder wenigstens nicht in der geforderten Höhe geschuldet. Somit verlangt das Gesetz als dolus ein bewußt rechtswidriges Handeln des Täters oder — was dasselbe ist — Vorsätzlichkeit des Handelns wie des Unterlassens. Wir stellen also fest, daß das vom Gesetz geforderte „Wissen" nichts anderes bedeutet als eine andere Fassung des Wortes „vorsätzlich". Wird dieser Standpunkt in der Literatur auch allgemein geteilt, so folgern doch manche aus der vom Gesetz gewählten Wortfassung, dolus eventualis können als Tätervorsatz nicht genügen. So soll nach Frank[1] und Binding[2] diese Fassung gewählt sein, um dadurch klar zum Ausdruck zu bringen, daß jeder Zweifel des Täters die Anwendbarkeit der §§ 352, 353 ausschließen solle; ein dolo eventuali handelnder Täter könne nur nach § 263 zur Verantwortung gezogen werden. Auf einem andern Standpunkt stehen Olshausen,[3] Oppenhoff,[4] Rüdorff[5] und die Judikatur.[6] Nach ihnen soll das vom Gesetz erforderte „Wissen" weiter nichts bedeuten als „vorsätzlich handeln", so daß also hier wie überall dolus eventualis als hinreichend angesehen werden müsse.

Um dieser Frage gerecht werden zu können, muß man sich zunächst darüber klar sein, daß das geltende Strafrecht als einzige

[1] § 352 III.

[2] Lehrb. Bd. 2 S. 933.

[3] § 352 N. 4.

[4] § 352 N. 8

[5] Lehrb. S. 744.

[6] RG. IV v. 17./21. 12. 1886 R. Bd. 8 S. 773 und besonders RG. I vom 24. 11. 1887 E. Bd. 11 S. 364, R. Bd. 9 S. 638.

Schuldformen Vorsatz und Fahrlässigkeit kennt, während dolus eventualis nirgends als besondere Schuldform erwähnt wird. Somit wird die Frage, ob im einzelnen Falle dolus eventualis vorliegt, absorbiert durch die weitergehende, ob überhaupt Vorsatz angenommen werden kann. Ohne auf die einzelnen, mannigfach bestrittenen Begriffsbestimmungen des Vorsatzes näher einzugehen, deren Erörterung naturgemäß weit über den Rahmen dieser Arbeit hinausreichen würde, kann als zurzeit allgemein anerkannt zugrunde gelegt werden, daß das geltende Recht Vorsatz nicht nur dann annimmt, wenn der Täter den Erfolg gewollt, also um des Erfolges willen gehandelt hat, sondern allgemein auch dann, wenn er ihn sich nach irgendeiner Richtung hin als Folge seines Handelns vorgestellt hat. Und diese „ursächliche Vorstellung des Erfolges" ist nicht auf den Fall beschränkt, daß der Täter den Erfolg als sicher eintretend vorausgesehen hat, sondern kann auch gegeben sein, wenn er ihn nur als möglicherweise eintretend gedacht hat; in letzterem Falle allerdings nur, wenn er ihn „nicht abgelehnt hat",[1] oder anders ausgedrückt, wenn er ebenso gehandelt haben würde, falls er den Eintritt des Erfolges als gewiß oder notwendig eintretend vorausgesetzt hätte.[2] Hat dagegen der Täter zwar an den Erfolg als möglicherweise eintretend gedacht, würde ihn aber das Bewußtsein, er werde sicher eintreten, von der Begehung der Handlung abgehalten haben, so kann von Vorsatz in technischem Sinne nicht gesprochen werden. Aus dieser allgemeinen Erörterung ergibt sich u. E., daß die Anwendbarkeit des Gesetzes in den Fällen, wo der betreffende Beamte es nur als möglich angenommen hat, die von ihm geforderte Abgabe werde nicht oder doch nicht in die Höhe geschuldet, gar nicht prinzipiell bejaht oder verneint werden kann. Die Frage muß vielmehr nach den vorliegenden tatsächlichen Verhältnissen verschieden beantwortet werden. Läßt sich im Einzelfall feststellen, daß der betreffende Erhebungsbeamte auch bei sicherer Kenntnis des Nichtverschuldetseins der Abgaben die gleiche Forderung gestellt hätte, so wird zweifellos seine Handlung von dem in den

---

[1] v. Liszt, Lehrb. S. 172.

[2] vgl. Wachenfeld in Holtzendorffs Enzykl. Bd. 2 S. 264.

§§ 352, 353 erforderten „Wissen“ mitumfaßt. Ist dagegen eine solche Feststellung nicht zu treffen, so muß ein vorsätzliches Handeln und damit auch die Anwendbarkeit des Gesetzes verneint werden.

Es ist nun möglich, daß der betreffende Beamte zwar nicht Gebühren erhebt, die ganz oder teilweise nicht geschuldet werden, aber seines Vorteils wegen die von dem Zahlenden zu vergütenden Amtshandlungen unnütz häuft und ihn dadurch schädigt. Ob ein solches Verhalten eines Beamten den Tatbestand der §§ 352, 353 erfüllt, insbesondere ob in diesem Falle der vom Gesetz geforderte Tätervorsatz gegeben ist, ist sehr bestritten. Während Olshausen,[1] Meves,[2] Rüdorff,[3] Geyer[4] und das Reichsgericht[5] die Anwendbarkeit des Gesetzes auf diesen Sachverhalt verneinen, bejaht sie Binding[6] unbedingt und Oppenhoff[7] wenigstens dann, wenn die Vornahme der Amtshandlungen nicht geeignet gewesen sei, einen Anspruch auf Zahlung der Gebühren gegen den Zahlenden zu begründen. Aber Oppenhoffs Ansicht trifft den Kern der Streitfrage nicht. Denn waren die unnötigerweise gehäuften Amtshandlungen überhaupt nicht geeignet, einen Gebührenanspruch zu begründen, und fordert der Beamte ihre Vergütung in Kenntnis davon trotzdem als Gebühren ein, so fordert er eben eine Vergütung, die der Zahlende überhaupt nicht schuldet. Daß aber dann der Tatbestand der §§ 352, 353 erfüllt ist, ist unbedenklich und dürfte auch kaum bestritten werden. Voraussetzung der Streitfrage ist doch, daß die von dem Täter vorgenommenen amtlichen Verrichtungen an sich den geltend gemachten Gebührenanspruch in voller Höhe begründen, und der Mangel lediglich darin besteht, daß sie von dem Beamten unnötig gehäuft sind.

Binding[8] erklärt die Ansicht, bei dieser Sachlage die Gebührenübererhebung zu verneinen, für „formalistisch“. Er führt

---

[1] § 352 N. 3.
[2] H. H. Bd. 3 S. 1001.
[3] S. 744 N. 6.
[4] S. 198.
[5] RG. IV v. 8. 7. 1884 E. Bd. 11 S. 40/41, R. Bd. 6 S. 531.
[6] S. 938.
[7] § 352 N. 7.
[8] Lehrb. Bd. 2 S. 938.

aus: Da der zweite Akt durch den ersten gegenstandslos oder nichtig geworden sei, so seien für jenen auch keine Gebühren erwachsen, und da der Täter dies wisse, nehme er wissentlich eine Gebührenübererhebung vor.

Aber wie, wenn nicht der zweite Akt durch den ersten gegenstandslos oder nichtig geworden ist? Es ist doch sehr wohl denkbar, daß der erste Akt allein die zu bewirkende amtliche Verrichtung nicht vollendet hat, sondern daß noch eine Reihe anderer Amtshandlungen hinzukommen müssen, die erst in ihrer Gesamtheit den gewünschten Erfolg bewirken. Dann stehen die einzelnen amtlichen Verrichtungen gleichwertig nebeneinander; der Mangel besteht lediglich darin, daß der Täter das gleiche Ziel auch auf einem wesentlich kürzeren Wege, vielleicht durch eine einzige anderweitige Amtshandlung hätte erreichen können. Aber selbst wenn der zweite Akt den ersten gegenstandslos gemacht hat, kann man nicht sagen, nunmehr erwachsen für jenen auch keine Gebühren. Da der betreffende Beamte eine amtliche Verrichtung, für die ein Gebührenanspruch in bestimmter Höhe begründet ist, tatsächlich vorgenommen hat, ist die Gebührenforderung formell zweifellos berechtigt. Ausschlaggebend aber spricht gegen Bindings Ansicht, daß der von Gesetz für die §§ 352, 353 geforderte Vorsatz in diesem Falle nicht gegeben ist. Der Täter hat hier nicht das Bewußtsein — und kann es nicht haben —, der Zahlende schulde die Gebühr nicht, sondern sein „Wissen" erstreckt sich nur darauf, der Zahlende könne die vorgenommenen amtlichen Verrichtungen und damit die Höhe der verlangten Vergütung mit Erfolg bemängeln.[1] Damit ist aber offenbar der von Gesetz erforderte Tätervorsatz nicht gegeben.

Und zu dem gleichen Ergebnis, daß nämlich der Gesetzgeber die unnötige Häufung von Gebühren aus dem Deliktstatbestande hat ausschließen wollen, gelangt man, wenn man die Entstehungsgeschichte heranzieht. Nach Goltdamer[2] gibt § 326 preuß. StGB. nur §§ 373—376, 413 ALR. wieder, von denen

---

[1] Diesen Unterschied gibt auch Binding S. 938 Anm. 3 zu, ohne hieraus Schlüsse zu ziehen.

[2] Mat. § 326 Anm. 1.

nur die Fälle der geflissentlichen Anhäufung unnötiger Kosten als der Disziplinarbestrafung vorbehalten fortgelassen seien. Da in den Motiven[1] nun hervorgehoben ist, daß durch die Fassung des jetzigen § 352 eine materielle Änderung der Vorschriften des preußischen Strafgesetzbuches nicht beabsichtigt ist, so muß auch diese Regelung noch für das geltende Recht Geltung haben.

Somit kommen wir zu dem Ergebnis: Der Fall der geflissentlichen Anhäufung unnötiger Kosten wird von dem Delikt der Gebührenübererhebung nicht betroffen und bleibt der Disziplinarbestrafung überlassen.

Es könnte auf den ersten Blick so scheinen, als ob dieses Ergebnis dem Zweck des Gesetzes widerspräche. Das ist jedoch nicht der Fall. Das Gesetz will ungerechtfertigten Bedrückungen entgegentreten und verhindern, daß das unwissende Publikum irrtümlich nicht geschuldete Gebühren bezahlt. Im vorliegendem Falle schuldet es jedoch die geltend gemachten Gebühren in voller Höhe und ist somit auch an sich zu deren Zahlung verpflichtet.

Andererseits ist es nicht schutzlos gegenüber dem natürlich auch hier pflichtwidrig handelnden Beamten, denn es bleibt ihm unbenommen, sich von der Zahlungspflicht zu befreien durch den Nachweis, die dem höheren Kostenansatz zugrunde liegende Anhäufung von Geschäften, sei auf ein schuldbares Verhalten des betreffenden Beamten zurückzuführen. Somit erscheint die Handlung des Beamten für die Allgemeinheit weniger gefährlich, so daß sich die disziplinare Ahndung als genügend erweist.

§ 7.

Mannigfach bestritten ist die Stellung des Delikts der rechtswidrigen Gebührenerhebung in seinem Verhältnis zu dem des Betruges und der Amtsunterschlagung. Wenn nun auch die Frage der Abgrenzung zwischen diesen Delikten im Laufe der Darstellung bereits erörtert ist, so erscheint doch eine zusammenfassende und auch ergänzende Gegenüberstellung noch zweckdienlich.

---

[1] Stenogr. Ber. des Reichstages S. 85.

Wir haben oben schon ausgeführt, daß wir das Delikt der §§ 352, 353 als ein selbständiges Vergehen und nicht als einen Unterfall des Betruges betrachten. Daraus ergibt sich, daß in all den Fällen, wo der Beamte weiter nichts tut, als daß er ihm nicht zustehende Gebühren lediglich unter Verschweigung des Mangels eines gesetzlichen Grundes erhebt, nur die §§ 352, 353 anzuwenden sind, ohne daß es darauf ankommt, ob sich der Täter durch die Übererhebung einen rechtswidrigen Vermögensvorteil hat verschaffen wollen oder nicht. Es ist aber möglich, daß sich der Beamte nicht damit begnügt, im Namen des Staates wissentlich nicht geschuldete Gebühren zu erheben, sondern daß er — vielleicht in der Erwägung, andernfalls keine Leistung zu erhalten — durch direkte Vorspiegelung oder Unterdrückung von Tatsachen den Zahlenden in einen Irrtum versetzt, und zwar in der Absicht, sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu erwerben. Nehmen wir z. B. an, ein zum Offizialverteidiger bestellter Anwalt teilt der geschäftsunkundigen Mutter des Angeklagten am Tage vor der Hauptverhandlung mit, das Gericht habe ihn wegen Aussichtslosigkeit der Sache von der Verteidigung entbunden, er sei aber bereit, gegen das gesetzlich ihm zustehende Honorar die Verteidigung beizubehalten; die Mutter erklärt sich damit einverstanden, und später erhebt der Anwalt tatsächlich diese Gebühr. Es leuchtet ein, daß der vorliegende Sachverhalt nicht nur den Tatbestand des § 352, sondern weitergehend auch unbedenklich den des § 263 erfüllt.

Wesentlich anders würde zu entscheiden sein, wenn der Anwalt der zu ihm kommenden Mutter eines Angeklagten, die ihn bittet, die Verteidigung ihres Sohnes zu übernehmen, nur verschweigt, daß er bereits zum Offizialverteidiger bestellt ist; es sei denn, daß man hier eine u. E. allerdings nicht vorliegende Rechts- (nicht etwa nur Anstands-) Pflicht des Anwalts zur Offenbarung der wahren Sachlage annehmen will. Noch klarer aber liegt der Fall, wenn ein Anwalt beim Vorliegen einer Wahlverteidigung, bei der sich der Angeklagte zur Zahlung des für eine Offizialverteidigung dem Anwalt gesetzlich zustehenden Honorars verpflichtet hatte, später ohne aufklärenden Zusatz wissentlich eine höhere Vergütung erhebt.

Diese Beispiele machen klar, daß neben der Gebührenübererhebung und darüber hinausreichend auch ein Betrug im Rechtssinne vorliegen kann, aber nur, wenn außer dem begrifflich im Delikt der §§ 352, 353 enthaltenen Täuschungsmoment noch andere erhebliche Täuschungsakte einherlaufen, und außerdem der Täter in Bereicherungsabsicht handelt. Aus dieser Feststellung folgt weiter die Möglichkeit einer Idealkonkurrenz der Delikte des § 263 und der §§ 352, 353. Und eine solche Möglichkeit wird auch fast allgemein in Literatur und Rechtsprechung anerkannt, so von Olshausen,[1] Oppenhoff,[2] Frank,[3] Schütze,[4] Rüdorff,[5] Geyer,[6] Kitzinger[7] und dem Reichsgericht.[8] Nur Binding[9] lehnt eine Idealkonkurrenz beider Delikte ab, ein Standpunkt, der jedoch nur die notwendige Folge seiner allgemeinen Auffassung ist, das Delikt der §§ 352, 353 sei begrifflich ein Betrug im Sinne des § 263.

Auch die verschieden beurteilte Frage, ob das Delikt des übermäßigen Sportulierens mit dem der Amtsunterschlagung konkurrieren kann, bejahen wir entsprechend unserer oben näher begründeten Ansicht, daß § 353 eine rechtswidrige Zueignung des unrechtmäßig Erhobenen nicht voraussetzt. Läßt sich aber im Einzelfalle der Nachweis führen, der Beamte habe das rechtswidrig Erhobene oder Zurückbehaltene noch dazu sich angeeignet — und dieser Nachweis wird häufig zu führen sein —, so ist neben dem Tatbestand des § 353 auch der des § 350 erfüllt, natürlich nur in den Fällen, wo die Kasse an dem rechtswidrig Erhobenen auch Eigentum erworben hat. Somit können beide Delikte real wie ideal konkurrieren.

---

[1] § 352 N. 7.

[2] § 352 N. 13.

[3] § 352 N. II, 3.

[4] Lehrb. S. 531.

[5] StGB. S. 744 N. 9.

[6] Grundriß S. 199.

[7] Vergl. Darst. Bd. 9 S. 481.

[8] RG. I v. 28. 4. 1881 E. Bd. 17 S. 328; RG. III v. 15. 11. 1888 E. Bd. 18 S. 220; RG. II v. 25. 1. 1892 E. Bd. 22 S. 308/09; RG. V v. 15. 11. 1907 E. Bd. 40 S. 387.

[9] Lehrb. Bd. 2 S. 838/39.

Auch mit dieser Ansicht stehen wir auf dem Boden der herrschenden Lehre,[1] während Binding,[2] Meves,[3] Hälschner[4] und Schütze[5] aus ihrer Annahme einer Rechtsvermutung für die Amtsunterschlagung heraus folgerichtig eine Konkurrenz beider Delikte vereinen.

§ 8.

Wie oben bereits erörtert ist, verlangt das Gesetz als Subjekt des Delikts einen Beamten im Sinne des § 359, dem es im Fall des § 352 „Anwälte, Advokaten und sonstige Rechtsbeistände" gleichstellt, trotzdem diese nicht „Beamte" im Rechtssinne sind.

Diese Stellung des Gesetzes entspricht jedoch nicht mehr den augenblicklichen Bedürfnissen des Rechtsschutzes gegenüber Übergriffen pflichtwidrig handelnder Beamter. Zunächst ist die Hinzufügung der Anwälte usw. höchst willkürlich, denn mit ihnen ist die Reihe der Personen, welche für amtliche Verrichtungen Vergütungen zu erheben haben, noch keineswegs erschöpft; man denke z. B. an Ärzte und Geistliche, deren unrechtmäßige Erhebungen reichlich ebenso drückend empfunden werden können wie die der Anwälte oder reinen Erhebungsbeamten. Und ein Grund, daß gerade die Rechtsanwälte mit in den Täterkreis des Delikts hineingezogen werden, läßt sich schlechterdings nicht finden. Vielmehr erscheint eine solche Maßregel entbehrlich, denn allerdings handelt es sich auch bei ihnen um einen Berufsmißbrauch, aber doch nicht um eine schutzwürdige Bedrückung des Zahlungspflichtigen, vor allem deshalb nicht, weil ihre Vergütungen zu ihrer Eintreibung richterliche Feststellung voraussetzen. Es ist somit zu fordern, daß unter Ausschaltung der Rechtsanwälte im künftigen Recht nur Beamte als Deliktssubjekte in Frage kommen.

---

[1] So Olshausen § 353, 6c; Oppenhoff-Delius § 353 N. 6; Frank § 353 N. 4; Rüdorff-Stenglein S. 744 N. 3; Henle-Schierlinger zu § 353; RG. III v. 12. 4. 1888 E. Bd. 17 S. 328.

[2] Lehrb. Bd. 2 S. 935.

[3] H. H. Bd. 3 S. 1000.

[4] Strafrecht S. 1087.

[5] Lehrb. S. 531 N. 14.

Aber auch hier ist das geltende Recht zu eng. Das Reichsstrafgesetzbuch betont in § 359 das Anstellungsverhältnis, erachtet demnach als das Wesentliche die Beamteneigenschaft des Täters. Dieser Standpunkt läßt sich jedoch bei dem heutigen Verfassungs- und Verwaltungsrechtszustande nicht mehr halten. In immer steigendem Maße werden Privatpersonen zu der Verrichtung staatlicher Funktionen herangezogen, und das Interesse, das Staat und Staatsvolk an der gesetzmäßigen Ausübung der Staatsgewalt hat, verlangt zwar einerseits mit Recht einen erhöhten Schutz auch dieser Personen bei der Wahrnehmung ihres Amtes. Auf der anderen Seite verlangt dieses selbe Interesse aber auch eine besondere Strafdrohung gegen sie, falls sie sich in Ausübung ihres Amtes Pflichtwidrigkeiten zuschulden kommen lassen. Somit ergibt sich, daß nicht mehr die Beamteneigenschaft, sondern die Innehabung eines Amtes für den Begriff „Beamter" zugrunde zu legen ist; an die Stelle des Beamten im Sinne des Strafgesetzbuches muß der — wenn auch nicht beamtete — Amtsträger treten. Dieser Begriff wäre freilich aus praktischen Gründen, um nicht ins Uferlose zu geraten, insoweit einzuschränken, als nur d e r Amtsträger als Täter in Betracht zu ziehen wäre, der auf gesetzmäßige Weise zu einem öffentlichen Amt bestellt ist. Und unter „öffentlich" verstehen wir jedes Amt, das einen staatlich begrenzten Kreis von Amtspflichten in sich birgt.

Betrachtet man nun den Tatbestand des Delikts, so fällt zunächst die zweiaktige Fassung des § 353 auf, die außer dem positiven Handeln des Täters, dem rechtswidrigen Erheben, noch das negative Unterlassen, das „Nicht zur Kasse bringen" verlangt. Diese Fassung ist höchst unglücklich. Formell bekommt das Delikt damit eine Doppelrichtung: im ersten Akt eine solche gegen das Publikum, im zweiten gegen den Staat. Aber weit bedenklicher ist die völlig unbefriedigende materielle Wirkung: die Bedrückung der Staatsbürger als solche bleibt kriminell straflos und der disziplinaren Ahndung überlassen. So hat es der Beamte in der Hand, sich der — kriminellen — Bestrafung dadurch zu entziehen, daß er das rechtswidrig Erhobene nachträglich — vielleicht wenn er von einer Beschwerde Kenntnis erlangt — der öffentlichen

Kasse abliefert. Diese rechtliche Beurteilung des Gesetzes kann bei der Wichtigkeit des Rechtsschutzes, den das Staatsvolk gegen Bedrückungen pflichtwidriger Beamter zu beanspruchen hat, in keiner Weise genügen. Als Grundsatz ist zu fordern, daß überall da, wo ein öffentliches Interesse an der pflichtgemäßen Ausübung eines Amtes vorliegt, eine kriminelle Strafdrohung gegen eine nicht pflichtgemäße Ausübung vorliegen muß. Wird dagegen das Publikum durch den Amtsmißbrauch nicht unmittelbar in Mitleidenschaft gezogen, so mag in leichten Fällen eine disziplinare Ahndung genügen.

Daß nun aber ein öffentliches Interesse bei der Amtsführung von Beamten, die Gebühren und Abgaben zu erheben haben, in sehr hohem Grade gegeben ist, bedarf keiner weiteren Begründung. Und zwar erstreckt sich dieses Interesse in erster Linie doch nur darauf, daß der betreffende Beamte durch unrechtmäßige Erhebung nicht diese selbe Öffentlichkeit bedrückt, während erst in zweiter Linie das Interesse des Staatsbürgers an der Nichtbenachteiligung des Staates kommt. Und so ergibt sich aus dem von uns aufgestellten allgemeinen Grundsatz heraus für unser Delikt die gebieterische Forderung, den zweiaktigen Tatbestand des § 353 zu beseitigen und das rechtswidrige Erheben nicht geschuldeter Abgaben als solches selbständig unter Strafe zu stellen. Ja es empfiehlt sich nicht einmal, das „Nicht zur Kasse bringen" als qualifizierten Fall beizubehalten, schon um die Streitfrage, ob hierin eine Präsumtion für eine Amtsunterschlagung zu erblicken ist oder nicht, zu beseitigen. Für das erschwerende Moment der hinzukommenden Aneignung dürfte die schärfere Strafdrohung der Amtsunterschlagung vollauf genügen. Viel richtiger wäre es, einen qualifizierten Fall dann anzunehmen, wenn der Täter aus Eigennutz, um sich zu bereichern, handelt, denn ein solches Verhalten rechtfertigt im Gegensatz zu dem, wo er nur übereifrig zum vermeintlichen Vorteil der Kasse handelt, eine schärfere Strafe.

Aber die zweiaktige Fassung des § 353 ist nicht das einzige Bedenken, welches der Tatbestand des Delikts im heutigen Recht erweckt; dieser erscheint vielmehr, selbst wenn man jene beseitigt, immer noch zu speziell und läßt unter Einzelheiten den Grund-

gedanken zu wenig hervortreten. Grundgedanke ist, wie immer wieder hervorgehoben werden muß, der der Bedrückung der Zahlungspflichtigen, begangen dadurch, daß ein Amtsträger irgendeine nicht geschuldete Vergütung vorsätzlich als rechtlich geschuldet erhebt. Hierin ist das Wesen und auch der Tatbestand des Delikts erschöpft. Wenn das Strafgesetzbuch zwei Fälle unterscheidet, je nachdem der Beamte die Vergütung für sich oder eine öffentliche Kasse zu erheben hat, so ist dieser Unterschied doch rein äußerlich und für das Wesen des Delikts begrifflich gleichgültig. Es ließen sich somit die beiden §§ 352 u. 353 zweckmäßig vereinen; das Delikt selbst würde dadurch, daß man eine der oben vorgeschlagenen ähnliche Fassung wählte, von seiner jetzigen allzu kasuistischen Formulierung befreit und unter scharfer Hervorhebung des Grundgedankens wesentlich vereinfacht.

Analog diesem Tatbestande wäre ein vorsätzliches Abzügemachen bei amtlichen Auszahlungen auszugestalten, auch hier eine Beseitigung des zweiaktigen Delikts und eine einfachere Formulierung.

Mit einer solchen Vereinfachung des Tatbestandes würde sich auch die befremdliche Tatsache, daß der Versuch nur im Falle des § 352, aber nicht in dem des § 353 unter Strafe gestellt ist, ohne weiteres beseitigen. Die jetzige Regelung ist ja nur eine notwendige Folge der niedrigen Wertung, die das Gesetz der Bedrückung der Staatsbürger an sich entgegenbringt, denn als Versuch kann nur das erfolglose Abfordern einer unrechtmäßigen Abgabe angesehen werden, und der Tatbestand des § 353 wird ja noch nicht einmal durch das erfolgreiche Abfordern, das Erheben, erfüllt.

Die Regelung des Strafgesetzbuchs entbehrt jeder inneren Berechtigung, denn es bedarf keiner weiteren Begründung, daß ein Beamter, der nicht geschuldete Abgaben widerrechtlich einfordert in gleicher Weise gegen das Gesetz verstößt, wenn er dies zu seinem eigenen Vorteil oder für eine öffentliche Kasse tut. Begrifflich liegen beide Fälle völlig gleich; in beiden versucht der Beamte, die seinem Machtbereich unterstellten Volksgenossen zu bedrücken; ob er hierbei selbständig oder als Vertreter der Kasse auftritt, macht keinen wesentlichen Unterschied. Dementsprechend

wäre für den künftigen vereinfachten Tatbestand auch der Versuch einheitlich unter Strafe zu stellen.

§ 9.

Vorentwurf.

§ 204.

> Ein Beamter, der wider besseres Wissen nicht geschuldete Steuern, Abgaben, Gebühren oder andere Vergütungen erhebt, wird mit Gefängnis oder Haft oder mit Geldstrafe bis zu 5000 Mk. bestraft.
>
> Dieselbe Strafe trifft den Beamten, der bei Verausgabung von Geldern oder anderen Sachen wider besseres Wissen einem andern das ihm Zukommende ganz oder teilweise vorenthält. Der Versuch ist strafbar.

Der Vorentwurf beseitigt die hauptsächlichsten Bedenken, die gegen die Fassung des Reichsstrafgesetzbuches erhoben worden sind. Dadurch, daß er im Abs. 1 des § 204 die unberechtigte Erhebung von Steuern, Gebühren, Abgaben oder sonstigen Vergütungen, im Abs. 2 die unberechtigte Vorenthaltung von Geldern oder andern Sachen unter Strafe stellt, vereinigt er die wesensgleichen Delikte der §§ 352, 353 und beseitigt gleichzeitig den zweiaktigen Tatbestand des § 353. Die Vollendung des Delikts soll jetzt schon mit der Erhebung eintreten, während das Abfordern begrifflich als Deliktsversuch anzusehen ist, der für den ganzen Tatbestand des § 204 gleichmäßig unter Strafe gestellt ist. Und es kommt nach dem Vorentwurf ferner nicht mehr darauf an, ob der Täter die Vergütung zu eigenem Vorteil oder zum Vorteil der Kasse erhebt.

Auch hinsichtlich der Personen, welche als Täter in Betracht kommen können, gibt der Entwurf wesentlich andere Vorschriften. Er spricht nur von „Beamten", scheidet also im Gegensatz zum geltenden Recht die „Advokaten, Anwälte und sonstigen Rechtsbeistände aus.

Freilich ist die Strafdrohung gegen die Rechtsanwälte nicht völlig beseitigt, sondern in dem Abschnit 11 „Verbrechen und

Vergehen in Beziehung auf die Rechtspflege"[1] übernommen; es ist dies damit begründet, der Rechtsanwalt versehe kein Amt. Im übrigen ist aber hier der Tatbestand analog dem der § 204 Abs. 1; die im § 352 RStGB. noch aufgeführten „Advokaten" sind fortgelassen mit der unanfechtbaren Begründung,[2] daß es solche nach inländischem Recht nicht mehr gebe.

Wenn aber der Entwurf als Deliktssubjekt nur einen „Beamten" aufführt, so versteht er doch unter einem solchen nicht mehr lediglich den angestellten Beamten wie das Reichsstrafgesetzbuch, sondern ganz allgemein jeden Inhaber eines Amtes, auch den nicht beamteten Amtsträger. Der bisherige § 359 ist beseitigt; an dessen Stelle ist die allgemeine Vorschrift des § 12 N. 3 getreten, welche definiert: dieses Gesetz versteht unter einem Beamten „eine Person, die zur Ausübung eines öffentlichen Amtes berufen ist".

Der Tatbestand des Entwurfs verlangt als Tätervorsatz, der Beamte müsse „wider besseres Wissen" handeln. Damit soll jedoch nicht, wie es den Anschein haben könnte, lediglich das „von denen er weiß ..." der §§ 352, 353 wiedergegeben werden. Die Begründung[3] sagt vielmehr hierüber:

> „Was die subjektive Seite des Tatbestandes betrifft, so ist in beiden Absätzen durch die Worte ‚wider besseres Wissen' kenntlich gemacht, daß hier eventueller Vorsatz zur Schuld nicht genügt, sondern die volle Überzeugung des Täters von der Unrechtmäßigkeit seiner Handlungsweise erfordert wird. Dies allein schafft Schutz gegen die gerade hier möglichen frivolen Versuche, bloße Irrtümer oder Mißgriffe zu strafrechtlicher Verfolgung zu bringen. Für solche genügt die disziplinarische Ahndung".

Zunächst erscheint es fraglich, ob die Worte „wider besseres Wissen" tatsächlich die ihr vom Entwurf beigelegte Wortwirkung haben. U. E. bedeuten sie dem Wortsinne nach jedenfalls nichts anderes als das vom geltenden Recht erforderte „Wissen". Und

---

[1] § 176.
[2] Begr. S. 616.
[3] S. 631.

es erweckt auch schwere Bedenken, den dolus eventualis als Tätervorsatz abzulehnen, zumal der Entwurf jenen Begriff wesentlich eingeschränkt hat. Er versteht nämlich nach § 59 Abs. 2 unter dolus eventualis nur noch den Fall, daß der Täter den Erfolg oder die zum gesetzlichen Tatbestande gehörenden tatsächlichen Umstände als „nicht unwahrscheinlich" eintretend oder vorhanden angenommen hat.[1] Es ist nun aber tatsächlich nicht einzusehen, warum der Beamte, der zwar nicht genau weiß, daß der Zahlungspflichtige die geforderte Abgabe nicht schuldet, diesen Fall jedoch für nicht unwahrscheinlich hält und dann trotzdem die Abgabe erhebt oder zu erheben versucht, nicht die vom Gesetz angedrohte kriminelle Strafe erleiden soll. Mit einer disziplinaren Ahndung wird der Schutz des Publikums in diesem Falle nicht genügend gewährleistet; man muß doch billigerweise von dem Beamten verlangen, daß er sich bei dem geringsten Zweifel vor Erhebung der Abgabe erst über deren Rechtmäßigkeit unterrichtet. Tut er das nicht, trotzdem er es sogar für wahrscheinlich hält, nicht geschuldete Abgaben zu erheben, so läßt sich daraus unschwer schließen, er würde ebenso gehandelt haben, wenn ihm als sicher bekannt gewesen wäre, eine Rechtspflicht zur Zahlung der von ihm geforderten Abgabe bestehe nicht. Dann liegt jedoch absolut kein Grund vor, ihn vor der kriminellen Strafe zu bewahren. Und damit sind auch nicht, wie die Begründung meint, frivolen Versuchen, bloße Mißgriffe oder Irrtümer zu strafrechtlicher Verfolgung zu bringen, Tür und Tor geöffnet, denn die jedesmal ausdrücklich zutreffende Feststellung, der Täter habe das Nichtverschuldetsein der Abgaben für nicht unwahrscheinlich gehalten, schließt jeden solchen Versuch aus. Kann eine solche Feststellung getroffen werden, so handelt es sich eben nicht um einen bloßen Mißgriff oder Irrtum.

Also selbst wenn man den Tätervorsatz auf dolus eventualis erstrecken würde, würde Irrtum und Mißgriff diesen doch nicht erfüllen können, sondern immer nur eine disziplinarische Ahndung zur Folge haben können, die auch uns in solchen Fällen als völlig genügend erscheint.

---

[1] vgl. Begr. S. 206/07.

Der Entwurf beläßt es bei der bisherigen kasuistischen Anführung der Steuern, Gebühren, Abgaben und Vergütungen, ohne näher darauf einzugehen, was unter diesen im einzelnen zu verstehen ist. Er lehnt es jedoch ausdrücklich ab, diese Bezeichnungen zu einem allgemeinen Begriffe zusammenzufassen, und zwar mit der Begründung, daß diese Begriffe mannigfach bestritten seien, und ihre Grenzen mit Rücksicht auf das Steuern-, Gerichtskosten- und Gebührenwesen in den einzelnen Bundesstaaten nicht festständen.[1]

Soweit man nur einen gemeinsamen Oberbegriff in Betracht zieht, dürfte u. E. der Begründung des Entwurfes beizutreten sein. Denn würde man einen solchen allgemeinen Ausdruck in den Gesetzestext aufnehmen, so wäre es leicht möglich, daß in vielen Fällen die Anwendbarkeit der Gesetzesvorschrift verneint werden würde mit der Begründung, es lägen begrifflich keine der vom Gesetz gemeinten Vergütungen vor. Aus der jetzigen Fassung geht dagegen mit Notwendigkeit hervor, daß das Gesetz im weitesten Umfange angewendet werden soll, nämlich in allen den Fällen, wo ein Beamter als solcher von einem Zahlungspflichtigen eine nicht geschuldete Vergütung als eine rechtlich geschuldete erhebt. Aber gerade diese offenbare Tendenz führt zu der Erwägung, ob es nicht vorzuziehen ist, anstatt einen umfassenden Oberbegriff zu suchen, diesen Grundgedanken in den Text aufzunehmen. Weshalb setzt man nicht einfach: „ein Beamter, der etwas als rechtlich geschuldet, trotzdem es nicht geschuldet ist, vorsätzlich erhebt?“ Damit würde der Tatbestand vereinfacht und der Grundgedanke schärfer hervorgehoben. Welchen Namen das von dem Beamten unrechtmäßig Geforderte hat, ist doch begrifflich völlig unerheblich.

Die Stellung des Delikts zu Betrug und Amtsunterschlagung ist auch nach dem Entwurf die gleiche wie im geltenden Recht. Nach wie vor wird weder eine Absicht, sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, noch ein Aneignen des rechtswidrig Erhobenen bezw. Vorenthaltenen verlangt. Bezüglich der Amtsunterschlagung dürfte dies jetzt auch von Binding und dessen Anhängern zugegeben werden, da die von ihnen unterstellte

[1] Begr. S. 631.

gesetzliche Präsumtion einer Aneignung aus dem Deliktstatbestande entfernt ist.

§ 10.

Gegenüber der oben erörterten Stellung des deutschen Vorentwurfs dürfte die Behandlung, welche ausländische Gesetze dem Delikt der rechtswidrigen Gebührenerhebung zuteil werden lassen, von Interesse sein. Es soll deshalb im folgenden ein kurzer Überblick über die einschlägigen Bestimmungen wenigstens der wichtigsten außerdeutschen Strafgesetzbücher, vor allem solcher der neuesten Zeit gegeben werden.

Einen dem deutschen Vorentwurf ganz ähnlichen Tatbestand enthält der code pénal in der concussion des Art. 174. Das Delikt ist erfüllt, wenn der Beamte Abgaben, Gebühren usw. einfordert, erhebt oder erheben läßt,[1] trotzdem er weiß, daß diese entweder gar nicht oder nicht in der eingeforderten Höhe geschuldet werden. Schon im Wortlaut des Gesetzes[2] wird scharf die Bedrückung des Publikums als das Wesen des Delikts hervorgehoben. Der Kreis der als Täter in Betracht kommenden Personen ist sehr weit gezogen; nicht nur Beamte in weitestem Umfange, auch deren Gehilfen und Vorgesetzte[3] können Täter sein. Ob der Täter gewinnsüchtig handelt oder nicht, ist unerheblich. Der Versuch ist, trotzdem sich das Delikt bereits mit dem Einfordern vollendet, noch ausdrücklich unter Strafe gestellt, allerdings ohne eine mildere Strafe anzudrohen. Eigenartig ist die durch das Gesetz v. 13. 5. 1863 eingeführte verschiedene Bemessung der Strafe je nach der Höhe des rechtswidrig erhobenen Betrages.

Mehr unserm geltenden Recht entsprechend bestraft Dänemark in § 137 einen Beamten, der Steuern oder andere öffentliche Abgaben, die er zu erheben hat, zu eigenem Vorteil verlangt oder erhebt, trotzdem er weiß, daß sie gar nicht oder nur in geringerem Betrage verschuldet werden. Nur dieser eine Fall ist gesondert

---

[1] en ordonnant de percevoir ou en exigeant ou recevant.

[2] Crime de concussion.

[3] Commis et préposés.

unter Strafe gestellt, die andern deutschen Tatbestände können nur nach § 141, dem allgemeinen Delikt des Amtsmißbrauches, bestraft werden. Anders als im geltenden deutschen Recht und dem deutschen Vorentwurf entsprechend können nach § 144 nicht nur die fest angestellten Beamten, sondern auch die nicht angestellten Amtsträger, ja sogar die „Angestellten“ [1] als Täter in Betracht kommen. Spanien bestraft in Art. 413 mit Geldstrafe den öffentlichen Beamten, der direkt oder indirekt höhere Gebühren beansprucht als sie ihm kraft seines Amtes zustehen. Das Delikt ist qualifiziert bei Gewohnheitsmäßigkeit.

Ganz allgemein gefaßt ist der Tatbestand im niederländischen Strafgesetzbuch von 1881. Art. 366 lautet nämlich:

> Der Beamte, welcher bei Ausübung seines Amtes etwas als ihm oder einem andern Beamten oder einer öffentlichen Kasse geschuldet fordert oder empfängt oder bei einer Auszahlung zurückbehält, obgleich er weiß, daß es nicht geschuldet wird, ist wegen Erpressung mit Gefängnis bis zu 6 Jahren zu bestrafen.

Hier sehen wir in vorbildlicher Weise das Wesen des Deliktes scharf hervorgehoben. Der Tatbestand ist vollendet mit der Erhebung oder dem Einfordern. Allerdings ist nach der allgemeinen Regel des Art. 45 auch hier der Versuch noch außerdem unter Strafe gestellt, doch ist dies praktisch bedeutungslos, da — wie im Entw. von 1879 III S. 364 selbst anerkannt wurde — begrifflich ein Versuch des Einforderns nicht denkbar ist.

Das norwegische Strafgesetzbuch wollte in seinem § 111 nur den Art. 366 niederländischen StGB. wiedergeben.[2] Dementsprechend bleibt es auch hier ohne Einfluß, aus welchen Motiven der Täter — allgemein ein Beamter — handelt. Im Gegensatz zu Niederland wird aber die Leistung, die der Beamte fordern muß, näher bezeichnet als „ungesetzliche Steuer, Abgabe oder Gebühr für amtliche Verrichtungen“. Die Handlung erschöpft sich jedoch nicht mit dem Einfordern und Erheben, die im übrigen gleichbehandelt werden, sondern kann auch darin bestehen, daß

[1] Bestillingsmaend.

[2] Entw. von 1893 zu § 112.

der Beamte eine ihm irrtümlich angebotene Leistung der erwähnten Art als geschuldet entgegennimmt. Ohne daß dies ausdrücklich ausgesprochen ist, wird doch vorausgesetzt, daß der Täter von dem tatsächlichen Nichtverschuldetsein der Forderung Kenntnis hat, denn das Gesetz enthält im Abs. 2 des § 111 eine weitere, freilich mildere Strafdrohung für den Fall, daß der Beamte das im guten Glauben Erhobene nach Erkenntnis seines Versehens zurückbehält.

Das italienische Strafgesetzbuch von 1889 faßt unser Delikt auf als Amtserpressung,[1] indem es den öffentlichen Beamten bestraft, der unter Mißbrauch seines Amtes einen andern zwingt[2] oder veranlaßt,[3] ihm oder einen Dritten Geld oder andere Vorteile zu gewähren oder zu versprechen, „wo eine Schuld tatsächlich nicht besteht". Eine mildere Strafe trifft den Beamten, welcher ihm irrtümlich angebotene nicht geschuldete Beträge wissentlich als geschuldet annimmt. Das Gesetz setzt ein eigennütziges Handeln des Täters voraus; handelt dieser lediglich zum Vorteil der Kasse, so kann er nur nach dem allgemeinen Delikt des Mißbrauches der Amtsgewalt[4] bestraft werden. Die Strafdrohung ist ähnlich wie im französischen Recht verschieden, je nachdem der nicht geschuldete Betrag von größerer oder geringerer Höhe ist.

Auch das neue portugiesische Strafgesetzbuch sieht das Delikt begrifflich als Amtserpressung an. In den Art. 315, 316 finden wir sehr eingehende Bestimmungen. Art. 315 bestraft einen Beamten, der mit der Erhebung oder Einziehung von amtlichen Forderungen beauftragt ist, wenn er solche, die nicht oder nicht in der geforderten Höhe geschuldet werden, erhebt. Die Strafdrohung ist schärfer, wenn der Täter das rechtswidrig Erhobene zu eigenem Vorteil verwendet. Als Täter kann auch der in Betracht kommen, der von einem Beamten mit der Erhebung betraut ist; in diesem Falle ist allerdings die Strafe milder. Weiter ist der Tatbestand des Delikts erfüllt, wenn ein Beamter ohne

[1] Diese Auffassung finden wir erst seit dem Entwurf von 1883; in den früheren Entwürfen ist in dem deutschen Recht ähnliches Spezialdelikt enthalten.

[2] Art. 169.

[3] Art. 170.

[4] Art. 175.

gesetzliche Ermächtigung willkürlich eine Steuer auflegt und einen Teil davon zu öffentlichen Zwecken erhebt, gleichgültig ob er dies selbst tut oder sich eines andern bedient. Art. 366 unterscheidet als Deliktssubjekte öffentliche Beamte, die gesetzlich überhaupt nicht ermächtigt sind, Gebühren zu erheben, und solche, die nur gesetzlich festgesetzte Gebühren zu erheben haben, und stellt es unter Strafe, wenn diese Beamten für eine Amtshandlung ihnen nicht Angewiesenes oder mehr als das ihnen Angewiesene erheben. Die Strafe tritt selbst dann ein, wenn die Zahlungspflichtigen freiwillig leisten.

Im englisch-amerikanischen Recht und auch in dem neuen japanischen Strafgesetzbuch von 1907 [1] geht das Spezialdelikt in dem allgemeinen Amtsmißbrauchsdelikt auf. Auch die früheren Schweizer Entwürfe [2] kannten nur allgemein den Amtsmißbrauch [3] und die Amtsausbeutung.[4] Der jüngste Entwurf vom April 1908 trägt jedoch den mancherlei Klagen über die zu allgemeine Fassung, vor allem des letzteren Delikts, Rechnung, indem er unter Beibehaltung des allgemeinen Amtsmißbrauches [5] den Begriff der Amtsausbeutung wesentlich erweitert; diese sieht er nämlich als vorliegend auch dann an, wenn ein „Beamter für eine Leistung Geld oder andere Vorteile verlangt oder annimmt, auf die er keinen Anspruch hat, oder beim Bezuge von Taxen, Gebühren oder Vergütungen die gesetzlichen Tarife überschreitet“.

Die österreichischen Entwürfe begnügten sich ursprünglich damit, die deutschen Bestimmungen einfach zu übernehmen. Noch im Entwurf 7 finden wir die deutschen Unterscheidungen beibehalten; gleichzeitig aber wurde im § 388 auch die unrechtmäßige Gebührenerhebung in den Fällen, wo der Beamte nicht zu eigenem Vorteil handelt, und ferner die Benachteiligung des Staates durch wissentliche Bemessung von öffentlichen Abgaben in einem den gesetzlichen Bestimmungen widersprechenden Betrage selbständig unter Strafe gestellt.

---

[1] § 193.

[2] 1896 und 1903.

[3] 1896 Art. 201, 1903 Art. 215.

[4] 1896 Art. 202, 1903 Art. 216.

[5] Art. 225.

Damit hat der Entwurf 7 sich jedoch tatsächlich von den Bestimmungen des deutschen Strafgesetzbuches freigemacht und denen des preuß. allgem. Landrechts sich wieder genähert. Als Normalfall gilt der, daß der Beamte nicht zu eigenem Vorteil handelt; solches Handeln ist vielmehr qualifizierend und wird begrifflich als Unterschlagung angesehen, da man nur wegen der Schwierigkeit der Beweisführung neben der Amtsunterschlagung noch das Sonderdelikt beibehalten hatte.[1]

Und diese Grundauffassung tritt uns auch wieder in dem jüngsten Vorentwurf vom September 1909 entgegen, der im übrigen eine völlig neue Regelung gibt. In der Aufzählung der Amtsdelikte im 14. Hauptstück „Verletzung der Amtspflichten" tritt uns als anwendbar nur das allgemeine Delikt des Mißbrauchs im Amte[2] entgegen, das der öffentliche Beamte begeht, der sein Amt oder seinen Dienst mißbraucht oder dessen Ausführung unterläßt entweder, um dadurch sich oder einem andern einen Vorteil zuzuwenden, oder um dem ihm vorgesetzten Gemeinwesen oder einem andern einen Schaden zuzufügen. Das Delikt ist qualifiziert, wenn der Täter in der Absicht handelte, einem andern einen sehr schweren Schaden zuzufügen.

Die bisherigen Spezialdelikte sind beseitigt, und es können neben dem § 167 nur noch die §§ 341 u. 359 in Betracht kommen. § 341 handelt von der Veruntreuung,[3] bei der es als erschwerend in Betracht kommt, wenn dem Täter das Gut kraft eines amtlichen Auftrages anvertraut ist, und § 359 bezieht sich auf den Betrug, der nach ihm qualifiziert ist, wenn der Täter sich einen Auftrag der öffentlichen Behörde oder die Befugnis einer Person des öffentlichen Dienstes anmaßt.

Diese beiden Tatbestände werden aber das Delikt der unrechtmäßigen Gebührenerhebung nur in seltenen Fällen decken, so daß tatsächlich das Spezialdelikt zugunsten des allgemeinen, des Amtsmißbrauches aufgegeben ist.

---

[1] vgl. Entw. 2 S. 371, 6. Entw. S. 401.

[2] § 167.

[3] Unter deren Tatbestand ist auch die Amtsveruntreuung ausdrücklich subsumiert; s. erläuternde Bemerkungen S. 297.

§ 11.

Diese Regelung des jüngsten österreichischen Entwurfes verdient kaum Nachahmung. Denn einerseits können wir dessen Grundauffassung, das Delikt der unrechtmäßigen Gebührenerhebung sei begrifflich Unterschlagung, nicht teilen, vor allem aber scheint es wenig empfehlenswert, das Spezialdelikt in einem allgemeinen des Amtsmißbrauches aufgehen zu lassen. Denn ein solch allgemeiner Tatbestand würde nur selten in der Lage sein, dem besonderen Wesen unseres Deliktes gerecht zu werden. Aus diesem Grunde rechtfertigt sich die Beibehaltung eines Spezialdelikts. Ebenfalls ist dem ausländischen Recht darin kaum zu folgen, daß es größtenteils Fordern und Erheben gleichstellt; das Fordern ist u. E. begrifflich nur Deliktsversuch, und es erscheint zweckmäßiger, erst mit dem vollendeten Erheben den Tatbestand als erfüllt anzusehen.

Überflüssig ist es, im Gesetzestext ausdrücklich zum Ausdruck zu bringen, die Handlung könne auch darin bestehen, daß der Beamte eine ihm irrtümlich als geschuldet angebotene Leistung entgegennimmt, trotzdem er den Irrtum erkennt. Dieser Fall wird zweifellos von dem im Gesetz wie im Vorentwurf erforderten „Erheben“ mitumfaßt. Denn auch hier erhebt der Beamte wider besseres Wissen eine nicht geschuldete Vergütung; ob die Veranlassung zur Erhebung von dem Beamten oder dem Zahlungspflichtigen ausgeht, muß als begrifflich unerheblich außer Betracht bleiben.

Gleichfalls erscheint es überflüssig, nach dem Vorbilde des norwegischen Strafgesetzbuches eine besondere Strafdrohung für den Fall aufzunehmen, daß der Beamte das in gutem Glauben Erhobene nach Erkenntnis seines Versehens zurückbehält. Hier handelt es sich gar nicht um eine vorsätzliche Bedrückung des Publikums, sondern es liegt begrifflich eine Amtsunterschlagung vor, die gesondert unter Strafe zu stellen kein Grund vorliegt.

Dagegen wäre zu erwägen, ob nicht die von manchen Rechten angewendete Qualifizierung bei eigennützigem Handeln des Täters

Aufnahme in das deutsche Recht verdient. Zweifellos ist der Beamte, der aus Übereifer zum Vorteil der Kasse handelt, weniger strafbar als der, welcher sein Amt gewissenlos dazu benutzt, sich oder einen andern zu bereichern. Aus diesem Gesichtspunkte heraus dürfte es sich empfehlen, ein eigennütziges Handeln als qualifizierten Fall einzufügen. Der Vorentwurf glaubte offenbar, durch die Festsetzung des sehr weiten Strafrahmens dieser Forderung hinreichend Rechnung zu tragen. Uns erscheint das als nicht genügend, wenngleich wir im übrigen die Vorteile eines derartig weiten Strafrahmens nicht verkennen, der es im Gegensatz zum geltenden Recht ermöglicht, auch sehr milde liegende Fälle mit entsprechend milder Strafe zu belegen.

Eine verschiedene Strafbemessung je nach der Höhe des rechtswidrig erhobenen Betrages halten wir dagegen nicht für zweckmäßig, da im Einzelfall bei der Überhebung kleiner Beträge die Bedrückung viel schärfer und drückender hervortreten kann als bei der von großen. Es ist vielmehr vorzuziehen, unter Beibehaltung des vom Vorentwurf vorgeschlagenen Strafrahmens die Bemessung der Strafe mit Rücksicht auf die jeweilig vorliegenden tatsächlichen Verhältnisse dem Richter zu überlassen.

Ob endlich entsprechend dem allgem. Landrecht und dem österreichischen Entwurf 7 die Benachteiligung der öffentlichen Kasse durch Ansetzen und Annahme von Leistungen unter dem geschuldeten Betrag im künftigen Recht wieder eine gesonderte Strafdrohung verdient, ist hier nicht näher zu erörtern, da auch in diesem Falle es sich nicht um eine Bedrückung des Publikums, sondern um eine Pflichtwidrigkeit des betreffenden Beamten handelt. Da aber durch eine solche Handlung das Publikum nicht benachteiligt wird, erscheint eine disziplinare Ahndung hinreichend.

Wir gelangen also, wenn wir das ausländische Recht und den deutschen Vorentwurf einander gegenüberstellen, zu dem Ergebnis, daß dieser im großen und ganzen dem besonderen Wesen des Deliktes gerecht wird. Nur in drei Punkten dürfte er noch nicht allen Anforderungen genügen. Einmal verallgemeinere man den Tatbestand noch durch Beseitigung der kasuistischen Anführung der Steuern, Gebühren, Abgaben und Vergütungen, etwa ent=

sprechend dem niederländischen Strafgesetzbuch, zum andern setze man an Stelle des „wider besseres Wissen“ „vorsätzlich“ und bringe so klar zum Ausdruck, daß auch dolus eventualis den Tätervorsatz erfüllen kann, und endlich bilde man als qualifizierten Fall den des eigennützigen Handelns des Täters.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.